

BOLETÍN DE LA
ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACIÓN DE BALEARES

I

PALMA DE MALLORCA, 1989

BOLETÍN DE LA
ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACIÓN DE BALEARES

I

PALMA DE MALLORCA, 1989

Impreso en IMPRENTA MALLORQUINA
Santo Cristo, 10 - Teléfono 72 22 51
07001 Palma de Mallorca
Depósito Legal: P.M. 981 - 1989

TRANSFERENCIAS COACTIVAS DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

MIGUEL COLL CARRERAS
ABOGADO DEL ESTADO

Doy las más expresivas gracias por cuanto ha dicho mi compañero, al presentarme. Siempre, cuando las relaciones de la amistad son intensas y el afecto es real las palabras que se pronuncian para enaltecimiento del amigo suelen traspasar frecuentemente los linderos de la realidad. Una buena parte de lo manifestado con cariño por el señor Blascos ha estado fuera de esos límites, circunstancia que he de registrar para intensificación del agradecimiento que acabo de exponer.

Efectivamente, la Academia tiene que actuar y ha de dar sus primeros pasos en el orden científico, en el orden de las exposiciones jurídicas, y ha de procurar que se hagan apreciaciones respecto a problemas en vigor, es decir a cuestiones que no se circunscriban a disquisiciones teóricas, de gabinete, sino que estén muy relacionadas con la entraña de la vida, que es donde ha de estar también la entraña del Derecho. El título de la conferencia puede haber causado sorpresas, no sé por qué, pero en fin tal vez no haya tenido la fortuna de resumir en unas pocas palabras todo lo que deseo o intento explicar. El tema de mi intervención radica en un problema eterno que estriba en la colisión que se experimenta entre los derechos del individuo y el Poder. En la vida, desde que el mundo es mundo y la sociedad está organizada, siempre hay un ente político que asume el Poder y un conjunto de personas naturales y jurídicas que son titulares de derechos de muy variada clase. No pensemos solamente en los derechos reales sino también en los personales, y no únicamente en los engendrados por relaciones jurídico-privadas, sino asimismo en los motivados por relaciones jurídico-públicas que en la actualidad constituyen una parte considerable del patrimonio de las personas. Y ésta es la gran

batalla. Hay que garantizar esos derechos ¿hasta dónde? ¿Hasta dónde puede el Poder realizar cercenamientos de esos derechos subjetivos que integran el patrimonio de las personas naturales y jurídicas? He aquí el gran problema de los condicionamientos mutuos que ha aflorado en la historia y aflora en las realidades presentes. De consiguiente, si sólo nos refiriéramos a la propiedad, que es la institución que se ha empleado en una versión clásica o antigua para apuntar a dichos temas, nos situaríamos en un marco demasiado estrecho, por lo que entendemos que el tratamiento ha de ser más anchuroso y el título más generoso. Por esto es que hemos utilizado la frase «derechos subjetivos» sin distinciones, aspirando a colocarnos en la cima de toda la subjetividad detectable en el mundo jurídico. Y no es fruto mío la denominación seleccionada que, realmente, y así lo he de confesar, tomo prestada del Profesor Villar Palasí, quien hace mucho tiempo, en un ensayo, la atribuyó a todas las hipótesis en que el Poder, por actos de soberanía, modifica derechos subjetivos y obliga a enajenarlos, transmitirlos y realizarlos. En todo o en parte, en provecho propio o en beneficio de terceros. Puedo citar en este orden de cosas al Profesor Nieto quien, con unas palabras muy bien dichas, viene a marcar los límites de la cuestión: «En la secular historia de las relaciones entre el Príncipe y los particulares constituyen los derechos adquiridos la espina dorsal de todas las instituciones que representan un límite al Poder del Soberano. En la fragmentación de derechos y facultados los iura quesita de los súbditos son un campo vedado al Príncipe». Esto, naturalmente, en principio.

Y voy aquí a reflejar a lo largo de la evolución constitucional española el tratamiento dispensado a la cuestión merced, precisamente a las Constituciones que se han promulgado y han estado vigentes en nuestra Patria. Empecemos por la de 1812. Tiene esta Constitución un artículo, el 172, que en su regla 1.^a, dice lo siguiente:

«No puede el Rey tomar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella, y si en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad común, tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer sin que al mismo tiempo sea indemnizado y se le dé el buen cambio a bien visto de hombres buenos».

Es la primera declaración legislativa a nivel constitucional que se emite en España: La de la Constitución de 1812. Todas las demás del siglo XIX van estableciendo principios semejantes. Quiero destacar, sin embargo lo que enseña la de 1869 que siempre se consideró como la más avanzada. La subsiguiente al destronamiento de Isabel II y a la batalla de Alcolea. Dicha Constitución, en su art. 14, dice lo siguiente:

«Nadie podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de utilidad común y en vista de mandamiento judicial que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por el Juez, con intervención del interesado».

Tal vez dicho precepto marca el punto extremo de protección constitucional de las garantías individuales mediante la interposición de la autoridad judicial. La Constitución de 1876, la de la Restauración, se mantuvo en el nivel de las restantes cartas fundamentales decimonónicas. Donde, en cambio, se produjo una flexión diversionista es en la de la 2.^a República Española, de 9 de diciembre de 1931 que, en su artículo 44, cuando ataca el tema, permite, mediante acuerdo tomado por mayoría absoluta en las Cortes, que se expropié sin indemnización. Sin embargo en el propio precepto, último párrafo se dice: «En ningún caso se impondrá a nadie la pena de confiscación de bienes».

La vigente Constitución, de 1978, mantiene en su art. 33 la fórmula clásica de que nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos legítimos sino mediante pago de la indemnización correspondiente fijada de conformidad con las Leyes.

Mas, la historia enseña que esas declaraciones constitucionales no siempre han sido concordes con las realidades y que las garantías de los derechos subjetivos tal y como se han entendido en tales normas básicas (las transferencias coactivas de ellas habían de producirse siempre mediante el pago de la justa indemnización, de modo simultáneo) no siempre han sido respetadas por el Poder y por tanto, no siempre se ha prestado el necesario acatamiento a los susodichos principios constitucionales. Voy a citar unos ejemplos, importantes todos ellos, para que se vea en diferentes momentos de situaciones políticas dispares no se han guardado con rigor y con escrúpulo las mencionadas declaraciones constitucionales solemnes.

Volvamos al siglo XIX. Dejemos de hacer incursiones en la época de la primera guerra carlista cuando aparece Mendizábal en el Gobierno. Es un período turbulento que no analizaré. Pero en tiempo posterior, después de la firma del Concordato con la Santa Sede en 1851, con Bravo Murillo en el poder, adviene el bienio progresista con Espartero y O'donnell, y se promulga lo que fue la Ley básica de la Desamortización de 1.^o de mayo de 1855, comprensiva de la siguiente prevención:

«Se declara el estado de venta de todos los predios rústicos y urbanos, censos y foros pertenecientes al Estado, al Clero, a las Ordenes Militares de Santiago, Alcántara, Calatrava, Montesa y San Juan de Jerusalén, a Cofradías, Obras Pías y Santuarios, al secuestro del Ex Infante don Carlos, a los propios y comunes de los pueblos, a la beneficencia, a la instrucción pública, y cualesquiera otros pertenecientes a manos muertas, ya estén o no mandados vender por leyes anteriores».

Se vendía todo, mas ¿«por qué precio»? Esos bienes vendibles fueron los que se llamaron en la terminología de aquellos tiempos los bienes nacionales. El precio tenía que aplicarse al pago —amortización— de la Deuda Pública, porque lo que importaba era el saneamiento financiero del Estado español.

Ello se entendía perfectamente cuando los bienes a vender eran los del Estado y hasta los provenientes del Secuestro del Ex Infante don Carlos. Pero ¿qué pasaba, o había de pasar con los demás bienes?. Con los de beneficencia e instrucción, pertenecientes a establecimientos muy importantes en la época, la contraprestación a ellos destinada se experimentaba mediante la entrega de dinero o, más bien, de títulos de la Deuda Pública, emitidos por el Estado. Con los de propios de los Ayuntamientos, la contraprestación era menguada porque el Estado se quedaba con el 20%, y con los del Clero, de las Ordenes Militares y de las cofradías, Obras Pías, y Santuarios, la contraprestación era nula. No existía.

Es obvio pues que los principios constitucionales no fueron observados mediante la citada Ley. Si tuviésemos que operar con criterios actuales, diríamos, o se hubiera podido decir a la sazón, que la Ley de 1.º de mayo de 1855 era una Ley inconstitucional.

Andando el tiempo, tropezamos durante la Segunda República con la Ley de 24 de agosto de 1932. Fue una Ley subsiguiente a lo que se llamó la intenciona de Sanjurjo del 10 de agosto de 1932. Reaccionó el Parlamento con una Ley que dice lo siguiente: «Se acuerda la expropiación sin indemnización y en beneficio del Estado de todas las fincas rústicas y derechos reales impuestos sobre fincas rústicas cualesquiera que sean su extensión y cultivo, que sean propiedad de cuantas personas naturales y jurídicas han intervenido en el pasado complot contra el Régimen ocurrido los días 9, 10 y 11 del presente mes y situadas en todo el territorio de la República». Claramente, esta Ley implicaba una pena de confiscación que se imponía por el Parlamento, no por el Poder Judicial a través de una sentencia que, en todo caso, hubiera podido ser lo pertinente. Se trata, como se ve, de otra Ley que, con el manejo de la terminología y de los conceptos actuales, podríamos calificar técnicamente de inconstitucional, máxime cuando en el art. 44 de dicha Constitución se declaraba que «en ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes».

Y seguimos en la misma época. Cambia la situación política en 1933. La Ley de que acabo de tratar corresponde a un tiempo en que el Presidente del Gobierno era don Manuel Azaña Díaz y el Parlamento había sido elegido en junio de 1931. En 1935, con otro Parlamento, elegido en 1933 y un Gobierno en el que el Ministro de Hacienda era don Joaquín Chapaprieta, se promulga la Ley de 1.º de agosto que se propone sanear financieramente el Estado. El presupuesto era entonces de 5.000 millones de pesetas al año. Eran todos los gastos del Estado en 1935, pero no se contaba con ingresos suficientes para atenderlos y se ideó, para resolver el problema, rebajar en un diez por ciento un buen grupo de retribuciones de los funcionarios en general. La medida era transitoria, pero sobrevino merced a dicha Ley. Con ella se experimentó otra coerción con cercenamiento de derechos subjetivos, amparada por una Ley que aprobaron las Cortes merced a una mayoría de votos diferente de la ma-

yoría que había impulsado la Ley de 24 de agosto de 1932, a la que antes he aludido.

Y ahora, un último ejemplo. A punto de terminar la Guerra Civil, los vencedores dictan la Ley de 9 de febrero de 1939, conocida por Ley de Responsabilidades políticas. Con ella se producen acontecimientos del siguiente tenor. Art. 3.º: Los partidos, agrupaciones y organizaciones «fuera de la Ley» sufrirán la pérdida total de sus bienes. Estos pasarán a ser propiedad del Estado. Y art. 8.º: A las personas individuales, por su participación o colaboración, se les pueden imponer sanciones de pérdida total de bienes, pago de cantidad fija o pérdida de bienes determinados.

Los anteriores ejemplos aleccionan en el sentido de que las discordancias entre solemnes declaraciones constitucionales y realidades legislativas se han producido en todos los tiempos y en todas las situaciones políticas.

Sin embargo, si dejamos aparte fenómenos que, como los mencionados, pueden posiblemente calificarse de excepcionales —y verdaderamente lo fueron— y nos aplicamos al examen de lo que cabría definir como mecanismos ordinarios para la coerción del Príncipe en los derechos subjetivos de los ciudadanos, observaremos como también habrá lugar a la formulación de reparos a lo largo de la historia.

Pensemos en un primer tiempo en que rige —tuvo una vigencia dilatada— la Ley de Expropiación de la Restauración, de 10 de enero de 1879. Realmente se mantuvo en vigor hasta el año 1954. Esta Ley, promulgada a tono con la Constitución, recogió los grandes principios de que nadie puede ser atacado en sus derechos sin previo pago de su valor, valor de sustitución se entiende. Mas esto era la regla general, que admitía una importante excepción: La expropiación en casos de urgencia. Habiendo urgencia se podía ocupar con un leve depósito, más bien simbólico, en función de lo que constaba en el instrumento fiscal básico de aquel tiempo: el Amillaramiento, que no pasaba de ser un morigeradísimo ensayo de estimación de las propiedades rústicas y urbanas. Sólo en ellas se pensaba en la época de la citada Ley, pues la gama de otros valores, sobre todo los relativos a derechos inmateriales, por subjetivos que fueren, no hacía acto de presencia en nuestro Ordenamiento. Recordemos la famosa expresión «res mobilis res vilis» y su predicamento. Pues bien, la ocupación se conseguía en los casos de «urgencia» por medio de una endeble consignación. La intervención era exclusivamente administrativa y quien fijaba el justiprecio era el Gobernador Civil previo dictamen de Peritos de uno y otro lado, y, caso de contradicción de éstos, de un dictamen de Perito tercero nombrado por el Juzgado. Así sucedió hasta 1954.

Cuando se promulga el 16 de diciembre de 1.954 la Ley de Expropiación Forzosa, aún vigente, se registra un cambio extraordinario. Esta Ley fue saludada fervorosamente por los grandes especialistas ¿Por qué? Porque ofreció

un artículo 1.º, que aún rige, de contenido amplio, y, por si faltara algo para que la amplitud se desplegara, el art. 1.º del Reglamento que complementa dicha Ley vino a perfilar todavía más la garantía de los individuos frente al Poder deparada por el nuevo precepto. Vale la pena leer dicho art. 1.º y hacerlo con detenimiento.

«Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social, en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos». No ya sólo de derechos subjetivos, sino de intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya incluya venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de ejercicio. Y el invocado Reglamento, de 16 de abril de 1957, señala en su artículo 1.º: «Toda la intervención administrativa que implique privación singular de la propiedad, derechos o intereses patrimoniales legítimos a que se refiere el art. 1.º de la Ley es una expropiación forzosa a todos los efectos y específicamente a los de exigencia de habilitación legal, sometimiento a procedimiento formal y de garantía jurisdiccional frente a la misma. La enumeración de los supuestos de privación singular de la propiedad, derechos o intereses legítimos que hace el art. 1.º de la Ley tiene carácter enunciativo y no excluye la posibilidad de otros distintos a los fines de la calificación del párrafo anterior».

Todo esto, en verdad, fue una novedad grandiosa. Es decir que si los que participaron, por ejemplo, en la Constitución de 1869, hubieran vivido, habrían tenido que saludar esos dos preceptos, porque en el marco de las garantías del individuo frente al Poder dispensaban una protección que hasta entonces había sido realmente desconocida. Pero, también acaeció simultáneamente un suceso de minoración o recorte. Como casi siempre. Se dan derechos, se crean situaciones de favor para el individuo, mas después surge una especie de arrepentimiento. Se piensa que se ha ido demasiado lejos y que hay que restringir, se impone modificar algo.

Así apareció el art. 52 de la Ley de Expropiación Forzosa con el procedimiento de urgencia. Conforme que fue un procedimiento muy distinto del que hasta entonces regía. Basta leer el texto del precepto para convencerse. No lo voy a hacer aquí pero sí he de poner relieve que está caracterizado por dos principios: el primero es el que se refleja en el adverbio «excepcionalmente» que lo encabeza. La urgencia, el procedimiento especial de urgencia, no puede ser el pan nuestro de cada día. No puede antojársele a una Administración aplicarlo y decir: «Esto es urgente». Ha de justificarse esta urgencia. No basta la utilidad pública. La utilidad pública es un factor común de toda actuación encaminada a cercenar, a modificar, a disminuir y a sustituir por un equivalente dinerario, los derechos subjetivos. Es necesaria la doble justificación. La de la utilidad pública común a toda expropiación y la de la urgencia. Pero las

realidades tampoco han estado de acuerdo con la aplicación de dicho artículo 52. No lo voy a decir yo. Lo va a explicar Santiago Muñoz Machado uno de los administrativistas más preclaros en el momento presente. Reproduciré lo que escribió en la revista «CIVITAS» hace unos pocos años: «Pensado el art. 52 por el Legislador como una excepción singular al procedimiento ordinario de expropiación forzosa, singularidad subrayada en la propia redacción que comienza con un rotundo excepcionalmente, que pretendía dejar cerrado el abuso precedente de la técnica de la urgencia, abuso amparado por la Ley de 7 de octubre de 1939, el procedimiento en el expropiación urgente, no sólo se ha convertido por la habitualidad de su uso en ordinario, sino que, además, por la manipulación en la práctica de su régimen legal, ha contribuido a desvirtuar las garantías más elementales establecidas en la Ley frente a las operaciones expropiatorias. Este problema es conocido y ha sido denunciado muchas veces por la doctrina». Luego entra en detalles de la crítica que está haciendo al empleo del indicado procedimiento especial. No voy a dar cuenta de ellos. Lo que sí he de decir es que, con posterioridad al comentario doctrinal de Muñoz Machado se ha experimentado merced a la jurisprudencia una importante restricción respecto a las declaraciones de urgencia. En efecto, literalmente, estas declaraciones, administrativamente proferidas, no eran impugnables, pero a partir de la sentencia de 25 de octubre de 1982, dictada por la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, ha sido posible controvertir ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa los actos de la Administración en dicho sentido, y ha sucedido así merced al influjo de la Constitución de 1976. Sin embargo, la Administración sigue acudiendo al art. 52 y al procedimiento expropiatorio de urgencia con auténtico abuso.

La Ley de 16 de diciembre de 1954 no fue solamente importante en esta vertiente ordinaria de la privación o de la transferencia coactiva de los derechos subjetivos, sino que inauguró una nueva época al trasplantar a nuestro Ordenamiento jurídico el principio de la responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas, del Estado en principio, luego de las demás, de forma que quedó en la lejanía, totalmente diluido, aquel art. 1.903 del Código Civil con su teoría de la necesidad del agente especial de la Administración para que el Estado fuera responsable civilmente. Así el art. 121 dijo lo siguiente: «Dará lugar también a indemnización toda lesión que los particulares sufran en los bienes o derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa. Se abrió una gran puerta, evidentemente, y se reforzó la apertura cuando, poco tiempo después, en 1957, se promulgó la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que, en su art. 40, vino a declarar asimismo que «los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de

fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de medidas no fiscalizables en vía contenciosa. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. Esos preceptos despertaron a la doctrina y se discutió. Aquí hubo una polémica de Garrido Falla con García de Enterría sobre el acto lícito y el acto ilícito, en orden a si había que separar la indemnización de la responsabilidad. En definitiva, dichos escarceos no se traducen en consecuencias directas y trascendentes. Lo importante es que a tenor de la letra y el espíritu de dichos preceptos ya no será admisible un interés patrimonial lesionado por la actividad de una Administración pública, sin distinción de grados, sin que se produzca la reparación adecuada. El «alterum non laedere» hace acto de presencia en esos artículos importantísimos, que siguen en vigor.

La Constitución española, en verdad, en el art. 33, sólo se refiere a los derechos, derechos subjetivos, por supuesto, no a los intereses patrimoniales legítimos. De aquí que, literalmente hablando, uno puede pensar que dicho artículo, desde el punto de vista de la protección y de las garantías individuales es más restrictivo que las dos leyes nombradas, o sean la de Expropiación Forzosa y la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. La circunstancia ya ha tenido consecuencias, porque se ha suscitado el problema, el eterno problema de hasta dónde llega el derecho adquirido, los iura quaesita de que nos hablaba Nieto cuando lo he citado en el principio de la presente intervención y, por ende de donde empiezan y donde acaban las expectativas como situaciones de vocación tendentes al derecho pero que todavía no han llegado a su meta, lo cual es conceptuable como interés patrimonial legítimo. El problema ha estallado recientemente en dos temas, en dos cuestiones. Una, la consistente en valorar las consecuencias de la jubilación anticipada de los funcionarios de la Administración, de los 70 años a los 65 años, y otro que estriba en el análisis de las limitaciones introducidas en las percepciones de los llamados derechos pasivos, limitaciones cuantitativas, con topes cifrados, a partir de la Ley de Presupuestos de 1983. Ambas modificaciones, ambos cercenamientos, ambos ataques del Poder a derechos subjetivos e intereses patrimoniales legítimos, han dado lugar a polémicas y motivado actuaciones del Tribunal Constitucional, que ha dictado dos sentencias encaminadas a resolver dichos problemas, en fechas 11 de junio y 16 de julio de 1987. La doctrina ha sido común en el uno y en el otro caso. Ha declarado el Tribunal, en primer término, que no se puede pensar en expropiación forzosa si no hay privación singular de la propiedad y que una ley que reduzca de 70 a 65 años la edad de jubilación no entraña una privación singular de propiedad. Para el Tribunal se está en frente de una norma genérica no trasplantable al ámbito de la expropiación forzosa y las leyes que la regulan. Y en segundo término ha dicho que no hay derechos subjetivos, iura quaesita, pues los funcionarios se en-

cuentran en situación legal y reglamentaria por lo que la Administración, pulsanado las conveniencias del servicio, puede modificar la edad de jubilación. De consiguiente no hay derechos adquiridos sino sólo expectativas. No se ha aludido para nada en dichas sentencias a la teoría de los intereses patrimoniales legítimos, definidos por Carnelutti como los correspondientes a posiciones favorables para la satisfacción de una necesidad, estando sus titulares a las resultas de un acontecimiento o una esperanza de realización de la que depende la perfección. De aquí que puedan concebirse los intereses patrimoniales legítimos como categorías jurídicas inferiores a los derechos subjetivos.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional no ha podido por menos de reconocer en esas sentencias —y ésta es la letra pequeña de sus decisiones— que la modificación experimentada, aunque no haya comportado una privación singular, ha originado —palabras textuales— «una frustración» de las expectativas existentes y, en determinados casos, perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación».

Y he aquí el gran problema deparado por una Ley. Las Leyes hay que respetarlas, su generalidad excluye hipótesis de privaciones singulares, tal y como razona el susodicho Tribunal Constitucional. ¿Pero no van a tener límites los actos del Poder legislativo? ¿Las leyes, aunque no infrinjan la Constitución, pero que provocan consecuencias dañosas, llevarán aparejada la absoluta intrascendencia de los actos sobrevenidos para ejecutarlas? Se está frente a un gran cuestión, de indudable actualidad, toda vez que los casos particulares aquí relacionados se pueden emparejar con otros que ofrezcan derechos subjetivos perjudicados por actos subsiguientes al ejercicio de funciones del Poder legislativo. Cabe tener presente, por ejemplo, que el tema de las minorações en las pensiones o lo que es lo mismo las limitaciones de éstas a tenor de determinados topes concierne no sólo a funcionarios de las Administraciones públicas sino a los perceptores de prestaciones análogas a cargo del antiguo Instituto Nacional de Previsión y del actual de la Seguridad Social, nacidas de servicios ajenos al ámbito de dichas Administraciones.

Hay que reconocer que no hay nada nuevo bajo el sol, pues las indicadas modificaciones que arrancan de la Ley de Presupuestos de 1983 guardan evidente parecido con las implantadas por la Ley Chapaprieta de 1.º de agosto de 1935 a la que, con anterioridad, nos referimos. Lo que sucede es que fue escaso el tiempo en que dicha Ley se aplicó. A fines de 1935 se disolvió el Parlamento y se convocaron las elecciones, celebradas el 16 de febrero de 1936. A partir de esta fecha todo cambió y en la polvareda de la Guerra Civil desapareció la expresada Ley Chapaprieta y sus reducciones de retribuciones de los funcionarios del Estado. Pero ahora, desde 1983, con toda su vitalidad, la cuestión está planteada y se trata de ver si los perjuicios causados en virtud de las susodichas Leyes de Presupuestos deberán ser indemnizados.

Nieto, en su trabajo citado aquí varias veces («Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa»), al tratar de la responsabilidad del Estado legislador, dice lo siguiente: «La sola enunciación de este problema hubiera causado un verdadero asombro en el siglo pasado. En un sistema de soberanía parlamentaria y ley formal como expresión de la voluntad popular, es claro que no puede admitirse ni remotamente la responsabilidad del Estado con ocasión del ejercicio de la función legislativa. Este fue un criterio generalizado en Francia hasta 1938. Hay una famosa decisión, «l'arrêt e La Fleur», de 14 de enero de 1938, en que se introdujo una excepción al principio».

Y ahora estamos aquí en la ola desatada por una sentencia dictada por el Tribunal Supremo en Pleno —48 Magistrados son los autores de esta sentencia— que se pronunció el 23 de marzo último. Voy a leer su fundamentación sobre el particular: la cuestión se suscitó respecto a una jubilación anticipada, por así decirlo, de una Magistrado del Tribunal Supremo. Fracasó el recurrente en su proyecto de que se considerara inconstitucional la Ley Orgánica del Poder Judicial generadora de la limitación de edad a los 65 años, pero el Tribunal dijo algo más. Lo siguiente:

«La responsabilidad del Estado no dimana exclusivamente de la realización de un acto de la Administración, sino de la producción de éste en cumplimiento de una disposición con rango de Ley Orgánica, con lo cual se plantea el problema de la responsabilidad del Estado dimanante realmente de un acto legislativo. Como ya se ha indicado en las sentencias de este Tribunal de 15 de julio último, no se puede negar la efectividad de esta responsabilidad, si quiera su afloración presente el problema de su falta de regulación expresa en nuestro Ordenamiento jurídico, pero de ello no puede colegirse que de tal ausencia de regulación deriva la exención de responsabilidad del Estado, pues ello implicaría una absoluta falta de ética en sus actuaciones y el desconocimiento de unos valores y principios reconocidos en la Constitución al inspirar preceptos concretos de la misma, así como los principios generales del Derecho a que hace referencia el art. 1.º del Código Civil». Y sigue el Alto Tribunal: «Si a nadie le es lícito dañar a otro en sus intereses, sin venir obligado a satisfacer la pertinente indemnización, menos puede hacerlo el Estado al establecer sus regulaciones generales mediante normas de cualquier rango, incluso las leyes, de lo que se infiere que si, efectivamente, se da perjuicio alguno para ciudadanos concretos, económicamente valiables, ellos deben ser indemnizados si, además, concurren los restantes requisitos señalados en la alegación precedente».

O sea que de las dos vertientes que deparaba la lucha contra el Poder, la expropiación forzosa y sus indemnizaciones por un lado, y la indemnización por los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos por otro, el Tribunal Supremo ha optado por

éste. Cerradas las puertas en estos supuestos a la primera vertiente por causa de la concepción del Tribunal Constitucional en punto a la constitucionalidad de Ley de Reforma de la Función Pública, de la Orgánica del Poder Judicial y de las Leyes de Presupuestos de 1983 en adelante, dicho Tribunal Supremo se ha acogido a la indicada segunda vertiente, es decir la de la indemnización por los daños y perjuicios engendrados. Esto es de actualidad, esto está presente y la sentencia comentada ha de dar mucho juego en el País.

Voy a terminar y lo voy a hacer con unas palabras que están en la obra de Tocqueville, de Alexis de Tocqueville, la clásica «De la démocratie en Amérique». Las hizo suyas García de Enterría en su monografía «La lucha contra las inmunidades del Poder». De allí las tomo. «La fuerza de los Tribunales ha sido en todos los tiempos la más grande garantía que se puede ofrecer a la independencia individual, pero esto es sobre todo verdadero en los siglos democráticos. Los derechos y los intereses estarían siempre en peligro si el Poder judicial no creciese y no se extendiese a medida que las condiciones se igualen». Creo que esa sentencia de marzo último, del Pleno del Tribunal Supremo está muy a tono con las palabras de Tocqueville, reproducidas por García de Enterría.

CONSECUENCIAS DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EN DERECHO PENAL

GABRIEL GARCÍAS PLANAS
PROFESOR TITULAR DE
DERECHO PENAL

PLANTEAMIENTO

En el presente trabajo, se trata de analizar, si el principio «Non bis in idem», es decir, duplicidad de sanciones a una misma persona por un mismo hecho, es de aplicación siempre, o solamente en algunos casos, cuando concurren una serie de requisitos que más adelante contemplaremos.

Se trata pues de averiguar, si por un mismo delito pueden imponerse dos penas, si una misma agravante puede ser apreciada en más de una ocasión o si un mismo hecho puede sancionarse a la vez con una pena criminal y con una sanción administrativa.

Puede adelantarse desde este momento, que aunque pudiera parecer que en base al principio que comentamos nunca es posible sancionar doblemente un mismo hecho, la realidad es muy otra y puede afirmarse que la aplicación del principio non bis in idem es muy restrictiva; pero éste es un tema que trataremos más adelante, al referirnos a la incidencia jurídico-penal de dicho principio.

En resumen, se rige por la teoría del concurso aparente de leyes penales; lo que no es posible, es que pueda imponerse doble sanción penal, cuando el contenido del injusto sea el mismo. Lo mismo puede decirse, respecto a una sanción penal con otra derivada del Derecho Administrativo sancionador.

NATURALEZA

Dentro este epígrafe, analizaremos A) en primer lugar, su contenido material y procesal y B) en segundo término su enmarque constitucional.

A) El principio que comentamos, tiene una vertiente material, lo que significa que nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho, siempre y cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, es decir, que se dé el mismo contenido de injusto; pues si se lesionaran bienes jurídicos distintos, protegidos por preceptos penales diversos, entonces, si se sancionaran de forma distinta y no se vulneraría el principio «non bis in idem», sino que, se resuelve a través del artículo 71 del Código Penal, concurso ideal de delitos¹.

Ese aspecto material del principio fue tratado por primera vez en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de Enero de 1981, que ha servido de base, en muchos aspectos a la Jurisprudencia posterior.

En el aspecto procesal del principio non bis in idem fue estudiado por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de Octubre de 1983, que prohibía asimismo dos sanciones por los mismos hechos, e indicaba, en base al principio de subordinación², que la Administración no podía actuar mientras no le hubieran hecho los Tribunales de Justicia y que los hechos que aquellos declarasen probados vinculaban a la Administración. De no ser así para la Sentencia de 3 de Octubre, se daría un exceso del poder punitivo en pugna con el artículo 25 de la Constitución. Como manifiesta Boix Reig³ de la Sentencia de 3 de Octubre de 1983, pueden extraerse las siguientes consecuencias: a) el necesario control a posteriori por la Autoridad Judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la autori-

¹ Cobo del Rosal-Vives Antón. Derecho Penal. Parte General. Valencia, 1987, pág. 57.

² a) Para SORIA FERNANDEZ-MAYORALA, Pedro. Actualidad Administrativa N.º 5, Febrero 1988, pág. 271. La supremacía del Derecho Penal respecto a la Administración se pone de manifiesto en el artículo 25.3 de la Constitución, donde se establece, que «La Administración civil no podrá imponer sanciones que directamente, impliquen privación de libertad».

Para este autor, tal supremacía también se pone de relieve en el artículo 603 del Código Penal, al decir «En las Ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la Administración que se publiquen en lo sucesivo y en los bandos de Policía y buen gobierno que dictaren las Autoridades, no se establecerán penas mayores que las señaladas en este libro, aún cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determine otra cosa por leyes especiales».

b) En este sentido, véase, CASABO RUIZ, J.R. La capacidad sancionadora de la administración en el Proyecto de Código Penal, en la reforma penal y penitenciaria. Santiago de Compostela 1980, pág. 271 y ss.

³ Los delitos contra la Hacienda Pública. Madrid 1987, pág. 65.

dad judicial no se haya pronunciado sobre ellos y c) la necesidad de respetar la cosa juzgada.

Pero el Tribunal Constitucional en Sentencia de 27 de Noviembre de 1985, enmarca la vertiente procesal del principio, no sólo en el artículo 25.1 sino también dentro de la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución, al establecer que «no se puede por Autoridades del mismo orden y a través de procedimientos distintos sancionar repetidamente la misma conducta, pues, semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia; porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquél derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado.

Si bien, el principio non bis in idem, no se halla regulado de una manera expresa en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe considerarse incluido dentro del concepto de «cosa juzgada» como artículo de previo pronunciamiento, recogido en el artículo 666 número 2.º de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal; pues nadie puede ser juzgado dos veces por la comisión de un mismo hecho delictivo; salvo que, como declara la Sentencia de 23 de Mayo de 1986 del Tribunal Constitucional, se tratase de procedimientos distintos, por hechos diferentes⁴.

El Tribunal Supremo en Sentencias de 18 de Octubre de 1982 y 10 de Noviembre de 1984, entre otras, aborda la cuestión del recurso extraordinario de revisión del artículo 954-4. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regula la acción impugnativa de la cosa juzgada.

⁴ Sentencia de 23 de Mayo de 1986 del Tribunal Constitucional, establece que: «Aunque el principio non bis in idem, se ha aplicado sobre todo al caso de una duplicidad de sanciones penales y administrativas, es evidente que sería también invocable en el supuesto de una duplicidad de acciones penales, es decir, cuando un mismo delito fuera objeto de sentencias condenatorias distintas. En este sentido la no estimación de la excepción de cosa juzgada, cuando concurren los requisitos necesarios para que se opere, podría conducir a la vulneración del citado principio. Pero ello no ocurre en el presente caso. El recurrente fue objeto de dos procedimientos distintos provocados por hechos diferentes: de un lado el supuesto tráfico de estupefacientes para su venta, constitutivo del delito contra la salud pública, previsto y penado en el artículo 344 del Código Penal; de otra parte, la presunta desobediencia a las órdenes de autoridades militares, tipificado en el artículo 315 C.J.M. Se trata de hechos distintos y no necesariamente conectados entre sí, como lo prueba que pudo cometerse cualquiera de ellos sin incurrir en el otro, es decir pudo realizarse tráfico de drogas sin resistirse a las órdenes del patrullero de la Armada, y pudo desobedecer tales órdenes sin llevar a cabo aquél tráfico. De ello resulta que la sentencia absolutoria de la Audiencia respecto al delito contra la salud pública, no supone la inexistencia de los hechos, posiblemente constitutivos de desobediencia. No procedía por tanto, la excepción de cosa juzgada en el procedimiento militar, ni se produjo infracción del principio non bis in idem».

Sin embargo, nuestro Alto Tribunal en Sentencia 6 de Mayo de 1987, ha declarado que aunque el cauce del Juicio de revisión en materia de cosa juzgada contraria al principio non bis in idem, no deja de ser una solución justa, humana y equitativa.

B) Con anterioridad a la Constitución de 1978, encontramos un precedente próximo del principio non bis in idem en el Real Decreto-Ley de 25 de Enero de 1977 reformador de la Ley de Orden Público, donde se respetaba el principio en cuestión, al establecerse que «no se impondrán sanciones gubernativas y sanciones penales por unos mismos hechos».

El principio que comentamos, se hallaba recogido en el Anteproyecto de Constitución en su artículo 9.3, pero posteriormente fue excluido con la pretensión del incorporarlo al 25.1, lo que no se hizo⁵.

El principio non bis in idem no viene recogido de una manera expresa en ningún precepto constitucional. Pero es doctrina y jurisprudencia pacífica tanto de los Tribunales Supremo como Constitucional que se halla implícito en el artículo 25.1 de la Constitución, que recoge los principios de legalidad y tipicidad⁶.

Para Bustos Ramírez⁷, la razón que da soporte al principio non bis in idem dentro del principio de legalidad es que al tener que ser la Ley estricta—tipicidad—, «no se puede usar el mismo presupuesto para imponer más de una pena».

El Tribunal Constitucional, asimismo, en reiterada jurisprudencia ha señalado la inclusión del principio non bis in idem dentro de los principios de legalidad y tipicidad del artículo 25.1 de la Constitución, (en este sentido Sentencias de 30 de Enero de 1981, 3 de Octubre de 1983, 21 de Mayo de 1984, 27 de Noviembre de 1985, 14 de Febrero, 23 de Mayo y 8 de Julio de 1986 y 19 de Febrero de 1987),

Por otra parte, de igual forma, el Tribunal Supremo en Sentencias de 6 de Mayo de 1987 y 25 de Enero de 1988 ha corroborado, la tesis que apuntamos, considerándolo incluido en el artículo 25.1, pese a no hacerse mención expresa en ninguno de los artículos del 14 al 30 de la Constitución, reguladores de los derechos y libertades.

⁵ Cuestión criticada por Boix Reig en El principio de legalidad en la Constitución. Cuadernos de la Facultad de Derecho, N.º 4. Palma de Mallorca, 1983, pág. 25 y siguiente.

⁶ COBO DEL ROSAL-BOIX REIG. Derecho Penal y Constitución. «Garantías constitucionales del derecho Sancionador». Madrid 1982, pág. 214. BOIX REIG. La Constitución Española de 1978 y el Derecho Penal. Alicante 1988, pág. 17.

⁷ Derecho Penal. Parte General. Barcelona 1984. pág. 77.

REQUISITOS

Para que pueda aplicarse, el principio de exclusión que recaiga una doble condena en razón de los mismos hechos, tradicionalmente estimado como una manifestación del general non bis in idem, es preciso que se den unos requisitos de carácter positivo, así como otros de carácter negativo.

Siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se precisa los siguientes requisitos: 1.º Que exista identidad absoluta de hechos y, con ello, de sujeto activo; 2.º Que el fundamento de ambas sanciones sea idéntico; 3.º Que, por regla general, se impongan por autoridades del mismo orden y a través de procedimientos distintos; 4.º De carácter negativo, que en caso de duplicidad de sanciones administrativa y penal, no exista una relación de supremacía especial de la Administración⁸ —relación funcionarial, servicio público, concesión administrativa, etc.— que justifique el ejercicio del «ius puniendi» por los Tribunales, y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración.

Tales requisitos, a sensu contrario, harán irrelevante el principio non bis in idem, en aquellos supuestos que el contenido de injusto sea diferente y por tanto el fundamento de las sanciones distinto. En lo que a los sujetos activos se refiere, exige su identidad, pero excluye a los funcionarios públicos, porque en tales casos existe una supremacía especial de la Administración que justifica su «ius puniendi», además del de los Tribunales.

INCIDENCIA DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EN DERECHO PENAL

A) DELITO FISCAL Y SANCION ADMINISTRATIVA

El principio non bis in idem, juega un papel primordial en el presente caso, al prohibir una sanción administrativa y coetáneamente una condena por delito fiscal.

Si atendemos al aspecto procesal del principio, antes apuntado, veremos que a partir de la Sentencia de 3 de Octubre de 1983 del Tribunal Constitucional, cuando la Administración entienda que los hechos son constitutivos de delito, se abstendrá de todo procedimiento y dará traslado de lo actuado a los Tribunales de Justicia.

⁸ OCTAVIO DE TOLEDO, E. La prevaricación del funcionario público. Madrid 1980, pág. 265, se cuestiona si las relaciones especiales de poder son suficientes para eludir el principio non bis in idem, en lo referente a las faltas disciplinarias y al Título VII del Libro II del Código Penal.

Con posterioridad a dicha Sentencia, se consideró «constitucionalizado» el principio non bis in idem y como ha puesto de manifiesto Boix Reig⁹ «Las reformas legislativas se van produciendo con un creciente respecto a las exigencias derivadas del principio non bis in idem, con formulaciones legales ciertamente acabadas y dignas de encomio desde una perspectiva técnico-jurídica».

Así, por ejemplo con la Ley para la represión del fraude fiscal, en 1985 se reformó la Ley General Tributaria en cuyo artículo 77-6.º se establece que en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivos de los delitos regulados en el Código Penal, la Administración pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la Autoridad Judicial no dicte sentencia firme, precepto que no sólo establece la incompatibilidad de las actuaciones penales y administrativas, sino también la subordinación del derecho sancionador administrativo al Derecho Penal, por lo que en caso de colisión entre la actuación judicial y administrativa debe resolverse a favor de la primera de conformidad con el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, («corresponderá a la jurisdicción ordinaria al conocimiento de las causas y juicios criminales con excepción de los casos reservados por las Leyes al Senado, a los Tribunales de Guerra y Marina y a las Autoridades Administrativas o de policía) correspondiendo pues, a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las causas y juicios criminales y ello sin olvidar que la potestad sancionadora es independiente de la jurisdicción penal, en el sentido de que una y otra pueden actuar en ocasiones sobre los mismos hechos, sin coordinación ni vinculación de los pronunciamientos de uno sobre otra, no obstante la posibilidad de sancionar la misma conducta administrativamente y más tarde penalmente o viceversa se haya proscrita y al efecto conviene recordar la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de Enero de 1981 en la que se declara que la Constitución suprema, norma rectora de nuestro ordenamiento jurídico, no sanciona favorablemente el principio de derecho «bis in idem» sino que antes lo contrario el respaldado por el ordenamiento constitucional es el principio «non bis in idem», el cual no permite por unos mismos hechos duplicar o multiplicar la sanción sea cualesquiera la autoridad que primeramente la haya impuesto, siempre que se de un mismo sujeto activo y un mismo fundamento; en definitiva un mismo contenido de injusto.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de Mayo de 1986, haciéndose eco, de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de Enero de 1981, consideró que no se debía condenar por delito fiscal a quien se le había impuesto ya una sanción administrativa.

⁹ «De nuevo sobre el principio de legalidad. Revista General de Derecho. Valencia. Mayo 1987, pág. 2302.

Especial mención, requieren aquellos casos en que antes de la Reforma de la Ley General Tributaria y por tanto de la actual redacción del artículo 77-6.º, la Administración sancionaba aún cuando los hechos pudiesen revestir carácter de delito. Entonces siguiendo la tesis de la Sentencia del Tribunal Supremo que acabo de citar, habrá que absolver siempre. Pero, tal afirmación, no parece válida para todos los casos; pensemos en una infracción del Impuesto de Sociedades y que se imponga a la misma persona jurídica una sanción administrativa, a mi juicio podrá incoarse un procedimiento penal por delito fiscal a los administradores —personas físicas— sin conculcarse el principio non bis in idem, pues éste impide la duplicidad de sanciones por los mismos hechos «a una misma persona» y en tal caso no se daría.

B) DOBLE SANCION POR DELITO Y MEDIDA DE SEGURIDAD

La problemática de las medidas de seguridad y su posible colisión con el Estado de Derecho ya fue estudiada por algún autor¹⁰, con anterioridad a la aprobación de la Constitución Española¹¹.

Pero no es finalidad del presente trabajo, el estudio de lo apuntado, sino la posibilidad o no por los mismos hechos, de una sanción penal y de una medida de seguridad.

Para ello, nos basaremos en dos Sentencias del Tribunal Constitucional de 27 de Noviembre de 1985 y 14 de Febrero de 1986.

En la primera, y concretamente en su considerando tercero se establece que el principio non bis in idem, no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplan, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y con infracción administrativa o laboral), pero no lo es menos que si impide, el que por autoridades del mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta. Semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado.

¹⁰ JORGE BARREIRO, Agustín. Las medidas de seguridad en el Derecho Español. Civitas 1986, pág. 131 y ss. «El problema de las medidas de seguridad ocupa un lugar importante en el ámbito de la problemática del Estado de Derecho, en cuanto que aquéllas pueden convertirse en un temible instrumento aniquilador de los derechos fundamentales del individuo».

¹¹ En la actualidad, la fundamentación de una medida de seguridad en base a la probabilidad de comisión de un hecho futuro, parece estar en pugna con el art. 25.1 de la Constitución que se basa, en acciones u omisiones cometidas, y no en probabilidades de comisión de hechos en el futuro.

Es claro, sin embargo, que por su misma naturaleza, el principio non bis in idem sólo podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones, frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados, o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior.

Finalmente, se establece que en el supuesto al que se hace referencia en dicha Sentencia, no se dá la duplicidad de sanciones y, por tanto, el supuesto que haría posible la invocación del mencionado principio.

La Sentencia de 14 de Febrero de 1986, en su fundamento primero, establece que la imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena —y la medida de seguridad lo es— que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio non bis in idem, íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sancione la «culpabilidad» y en el otro la «peligrosidad».

En lo referente a la culpabilidad, dicha Sentencia, como es de ver, llega a la conclusión, que tiene que exigirse con carácter previo la declaración de la misma por la comisión de un delito, para que se pueda imponer una medida de seguridad post-delictual¹².

En las citadas resoluciones, se hacen algunas afirmaciones no siempre compartidas con la Doctrina tales como que jamás pueden imponerse doble sanción por Autoridad del mismo orden y que en el caso de penas y medidas de seguridad, por ser distinta su naturaleza, no se dá esa duplicidad referenciada.

Así, comparto la tesis al respecto del Prof. Vives Antón¹³, en el sentido de que pueden darse, duplicidad de sanciones por Autoridades del mismo orden, si el contenido de injusto es distinto, y por el contrario, no podrán darse duplicidad de sanciones por Autoridades del mismo orden cuando el contenido de injusto sea el mismo.

Por otra parte y respecto a si cabe imponer a un mismo hecho, una pena y una medida de seguridad, el Prof. Vives-Antón, entiende que ello no es posible «cuando la pena exprese, la total reprobación del hecho por parte del ordenamiento jurídico».

¹² En este mismo sentido, BOIX REIG. De nuevo sobre el principio de legalidad. Revista General de Derecho. Valencia. Mayo 1987, pág. 2304.

¹³ VIVES ANTON, Tomás S. Poder Judicial, 1986. Pág. 91 y ss.

Pero en ocasiones será admisible la duplicidad de pena y medida cuando el legislador haya querido castigar a un hecho, en parte con una pena, en parte con una medida de seguridad.

C) SANCION PENAL Y PENITENCIARIA

Puede establecerse, que la imposición de una sanción penitenciaria por una parte, y de una pena por otra, no conculca el principio *non bis in idem*¹⁴.

Prescindiendo del distinto orden de entidades sancionadoras el fundamento mismo de las sanciones es diverso, encaminándose el disciplinario «a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada» en los estrictos márgenes del régimen penitenciario, según cuida hoy de proclamar el artículo 41.1 de la Ley General Penitenciaria de 26 de Septiembre de 1979, en concordancia las Reglas 27 de las Naciones Unidas y 27.1 del Consejo de Europa. Y, a mejor abundamiento, el artículo 104.3 del Reglamento Penitenciario, de 8 de Mayo de 1981, establece que «los reclusos que incurran en responsabilidad disciplinaria por incumplimiento de los deberes y obligaciones que legalmente les vienen señalados, serán objeto de la sanción adecuada dentro de la escala prevista en el artículo 42 de la Ley Orgánica General Penitenciaria en los casos y con observancia de los trámites procesales que en este Reglamento se determinan, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que en derecho fuera exigible».

De todos modos se echa en falta un precepto genérico que regule la materia, cual hace, por ejemplo, la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 en lo referente a las faltas, en cuyo artículo 610.2 puede leerse: «No se podrán imponer conjuntamente sanciones administrativas y penales por unos mismos hechos. Conforme a este principio corresponderá exclusivamente a los Juzgados y Tribunales el enjuiciamiento de las faltas previstas en este Código. Las autoridades administrativas se abstendrán de todo procedimiento, remitiendo a la Autoridad judicial competente los antecedentes necesarios y las actuaciones practicadas, en cuanto tengan conocimiento de la apertura de proceso penal por los mismos hechos de que vinieren conociendo, aún en el caso de que hubiere recaído resolución sancionadora firme, si la sanción no hubiere llegado a ejecutarse. Si ya se hubiere ejecutado, el Juez o Tribunal, en la Sentencia o resolución definitiva que dictase, se pronunciará sobre la sanción impuesta, computándola para el cumplimiento de la pena si

¹⁴ En este sentido Carlos GARCIA VALDES. Comentarios a la legislación Penitenciaria. Civitas, 1982, pág. 123. «Con independencia de la sanción disciplinaria correspondiente, el art. 104 del Reglamento penitenciario expresa la posibilidad de incurrir el interno, por los mismos hechos, en responsabilidad civil o penal; ello no supone infracción del principio *non bis in idem*, pues, de acuerdo con la mejor doctrina administrativa, se trata de infracciones de ordenamientos jurídicos diversos».

fuere asimilable, y ordenando en otro caso la restitución del exceso, si pronunciare condena, o de la totalidad, si la resolución fuere absolutoria». Precepto que mejora la redacción del párrafo 3.º del artículo 688 del anterior Proyecto de 1980.

Pensemos, en la imposición de una sanción disciplinaria impuesta al amparo del artículo 108 e) del Reglamento Penitenciario («intentar, facilitar, o consumir la evasión») o que la privación de los beneficios de redención de penas por el trabajo se hubiera impuesto por virtud de lo dispuesto en el artículo 100, párrafo 1.º del Código Penal («quienes quebrantaren la condena o intentaren quebrantarla, aunque no lograren su propósito»)¹⁵; tras lo cual los Tribunales absolvieran del delito —quebrantamiento de condena— del artículo 334 del Código Penal.

En tal caso, y mientras la Propuesta de Nuevo Código Penal de 1983, no entre en vigor, si es que así ocurre, lo correcto sería que la Administración se abstuviese de cualquier sanción, remitiese los hechos acaecidos a los Tribunales y en caso de absolución, los hechos vinculan a la Administración, en virtud del principio de subordinación y porque los hechos no pueden existir para una jurisdicción y dejar de existir para la otra.

D) APLICACION DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EN CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Se ha dicho por parte de algún autor, que alguna circunstancia agravante, tal como la reincidencia, estaba en pugna con el principio non bis in idem, porque en virtud de una condena por un hecho culpablemente cometido, y por el que ya se ha cumplido una pena, se viene a agravar un nuevo hecho constitutivo de delito. De ahí que, la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, en su artículo 24, no la incluya dentro del elenco de las mismas.

Pero la cuestión que nos interesa tratar aquí, es la de si la aplicación de dos circunstancias agravantes casi idénticas, vulnera el principio non bis in idem. Por ejemplo, saber si es posible, a tenor de lo dicho, la aplicación de la agravación prevista en el artículo 501 n.º 5 del Código Penal, «cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios peligrosos que llevase, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando el reo atacare con tales medios a los que acudieran en auxilio de la víctima o a los que les persiguieren», con la del artículo 506 n.º 1 «cuando el delincuente llevare armas u otros objetos peligrosos».

¹⁵ El Tribunal Constitucional en Sentencia de 8 de Julio de 1986, ha declarado la constitucionalidad para el caso de que se condene a un sujeto por quebrantamiento de condena —art. 334— y a la vez se impida con ello el beneficio de la redención de penas por el trabajo, por operar ambas consecuencias en planos diferentes».

En tal caso, no pueden operar a un mismo supuesto de hecho, ambas agravaciones, pues sería quebrantar el principio de legalidad y tipicidad del artículo 25.1 de la Constitución donde, como reiteradamente se dijo, se halla ubicado el principio non bis in idem. La razón es bien sencilla, pues concurren identidad absoluta de hechos y el fundamento de ambas agravaciones es idéntico. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de Noviembre de 1982¹⁶.

E) MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS Y SANCION ADMINISTRATIVA

Al exigir el delito de malversación de caudales públicos, recogido en los artículos 394 y siguientes del Código Penal, que el sujeto activo sea un funcionario público, puede parecer a primera vista que no plantea ningún problema, la aplicación conjunta de una pena por delito y de una sanción administrativa. Pues como hemos expresado reiteradamente, en aquellos supuestos en los que existe una situación derivada de una relación de supremacía especial de la Administración, no se conculca el principio non bis in idem.

La Ley Orgánica 2/1982, de 12 de Mayo, del Tribunal de Cuentas, fiscalizador de la actividad económica y financiera del sector público, establece en su artículo 38 «el que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados», y el artículo 18 n.º 1 de la citada Ley declara: «Que la Jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal».

Se está pensando, en las afirmaciones precedentes, en que el sujeto activo sea un funcionario público de conformidad con lo establecido por el Derecho Administrativo¹⁷.

¹⁶ Es doctrina reiteradísima de esta Sala que los mismos supuestos de hecho no pueden ser objeto de una dualidad en la aplicación de la normativa penal, con la finalidad de no violar el principio non bis in idem, unánimemente admitido por la doctrina de todas las ramas jurídicas, de tal manera que, cuando el mismo supuesto fáctico ha sido utilizado para su encaje en dos preceptos penales, siendo idénticos, no puede darse esta operatividad conjunta de la normativa jurídica».

¹⁷ Para Tomás QUINTANA LOPEZ: El principio «non bis in idem» y la responsabilidad administrativa de los funcionarios. En Civitas. Rev. Esp. de D.º Adm., pág. 596 y ss. Oct-Dic. 1986. «El principio non bis in idem, cuya existencia en nuestro ordenamiento ha sido reiteradamente respaldada por el Tribunal Constitucional, se manifiesta de norma diferente en el ámbito de las relaciones de supremacía general con la Administración y en los supuestos en que la sanción tiene su fundamento en el poder de la Administración sobre sus funcionarios, inequívoca relación de supremacía especial.

En todo caso, los efectos del non bis in idem en los supuestos de comisión por el funcionario de hechos tipificados como faltas administrativas, y, a la vez, constitutivos

Sin embargo, la cuestión puede complicarse, cuando el «funcionario» lo sea sólo a efectos penales de conformidad con lo establecido en el artículo 119 de nuestro texto punitivo, pues, en tal caso, esta relación de supremacía especial de la Administración, en cuanto menos dudosa, y en tal caso, la duplicidad de sanciones, sí podría estar en pugna con la aplicación del principio non bis in idem.

F) SALUD PUBLICA Y DELITO DE CONTRABANDO

A raíz de la Ley Orgánica 7/1982 de 13 de Julio, que regula el delito de contrabando, se plantea si un mismo hecho —tráfico de drogas— puede ser castigado como delito contra la salud pública del artículo 344 del Código Penal y a la vez como delito de contrabando de conformidad con lo establecido en el artículo 1.3 de la Ley de Contrabando, que establece «Que no obstante, lo dispuesto en el número uno de este artículo, serán también reos del delito de contrabando, quienes realicen alguno de los hechos descritos en el mismo, cualquiera que sea su cuantía, si concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Cuando el objeto del contrabando sean drogas, estupefacientes, armas, explosivos o cualesquiera otros cuya tenencia constituya delito»; todo ello en relación con el artículo 1.3.ª y 4.ª de la citada Ley.

Debe distinguirse, por una parte la tesis mantenida por el Tribunal Supremo y por otra, la mantenida por la Doctrina, que contraria a la tesis jurisprudencial, mantiene sin embargo posturas discrepantes.

El Tribunal Supremo y en las Circulares de la Fiscalía General del Estado de fecha 1 de Diciembre de 1983 y la n.º 1 de 1984 sostienen que con la aplica-

de un ilícito penal común, entendiéndolo, por ello, los delitos susceptibles de ser cometidos por cualquier persona, son distintos de los que implica dicho principio cuando los hechos que realiza el funcionario constituyen un ilícito administrativo y, además un delito contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes o bien de los específicamente cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.

En el primer caso, la observación del non bis in idem impone posponer la resolución del expediente administrativo sancionador a los resultados del proceso penal, única forma en que se hace efectivo el relato fáctico probado judicialmente, y por otra parte, se aplica la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional; aunque ello sea difícilmente compatible con el tenor del apartado primero del artículo 23 del Reglamento Disciplinario de los Funcionarios recientemente aprobado.

Esta solución que se acaba de propugnar es precisamente la que contempla este mismo artículo en su apartado segundo, cuando el funcionario ha cometido alguno de los delitos específicos de su situación, cuyos hechos están tipificados también como faltas disciplinarias. Sin embargo, la aplicación de la regla non bis in idem tiene en este caso otra virtualidad debido a una íntima relación entre los bienes jurídicos vulnerados por ambos ilícitos que se traduce comúnmente en que el ataque al orden administrativo es presupuesto necesario o condición previa de la vulneración del orden penal, que impide sancionar administrativamente al funcionario que lo ha sido penalmente por la comisión de un delito contra los derechos de la persona reconocidos por las leyes o de los cometidos en el ejercicio de sus cargos».

ción al tráfico de drogas, del artículo 344 del Código Penal y de la Ley de Contrabando, no se conculca el principio non bis in idem, porque los bienes jurídicos que se protegen son distintos, o lo que es lo mismo, no se da en tal caso el mismo contenido de injusto. Así se protege de un lado, la salud pública y de otro el erario público. En consecuencia, se considera de aplicación el concurso ideal de delitos del artículo 71 de Código Penal. (En este sentido, Sentencias de 17 de Diciembre de 1986, 29 de Junio de 1987 y 5 de Febrero de 1988)¹⁸.

La tesis mantenida por nuestro Alto Tribunal, no me parece la más acertada, puesto que entiendo que no hay disparidad de bienes jurídicos; así al establecer el artículo 1.3 de la Ley de Contrabando «...o cualesquiera otros cuya tenencia constituya delito» no hace otra cosa que insistir en los bienes jurídicos de esos delitos¹⁹.

Desde este punto de vista, lo más coherente es acudir no al concurso de delitos, sino al concurso de normas²⁰, en base al criterio de consunción o subsidiariedad relativa e impropia, debiéndose aplicar en cada caso la norma que sancione con pena más grave, no en base al artículo 68 del Código Penal, pues este sólo se refiere al conflicto entre dos normas incluidas en él, sino que señala Carbonell Mateu²¹ «por los criterios resolutorios de la citada especie de conflicto aparente entre dos normas secantes».

Otro sector doctrinal²² se inclina por el criterio de especialidad, considerando que el artículo 344 del Código Penal es Ley especial frente a la Ley de Contrabando; sin embargo, entiendo que ni el Código Penal es Ley especial frente a la Ley de Contrabando, ni viceversa.

¹⁸ Sentencia de 5 de Febrero de 1988, que dice así «Se aduce aplicación indebida de los preceptos de la Ley de Contrabando 7/82, de 13/7, por entender que la sanción de tal delito de contrabando, una vez penado el delito contra la salud pública, que ya implica tráfico de drogas, viola el principio non bis in idem, que impide condenar dos veces a una persona por el mismo hecho, pero como ya tiene establecido esta Sala en doctrina también conocida y difundida, no hay tal violación de aquél principio cuando, como ocurre en el caso de autos, además de la tenencia de la droga con propósito de tráfico, la misma se introduce clandestinamente en el territorio nacional vulnerando el control aduanero y dando lugar a otra infracción distinta contra el erario público, de suerte que siendo dos los bienes jurídicos ofendidos por la conducta delictiva: el que ataca a la salud pública y el que atacara la Hacienda nacional, estamos no ante un concurso de normas, en cuyo supuesto la más grave desplazaría a la de inferior rango punitivo (art. 68 C.P.), sino ante un concurso ideal de delitos castigados conforme al art. 71 del Código Penal».

¹⁹ En este sentido CARBONELL MATEU, J.C. Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas. En la problemática de la droga en España. Madrid 1986, pág. 349.

²⁰ En este sentido BOIX REIG, Derecho Penal. Parte Especial. Valencia 1988, pág. 351.

²¹ Ob. cit. Pág. 350.

²² BUSTOS RAMIREZ. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Barcelona 1986, pág. 283 y ARROYO ZAPATERO. Aspectos penales del tráfico de drogas en «Opinión» Revista Poder Judicial, N.º 11, 1984, pág. 25.

G) SANCION PENAL Y COLEGIAL

Finalmente, y para concluir el presente trabajo, no quiero dejar fuera de su ámbito, si la sanción penal de un profesional —un letrado por ejemplo— y su posterior sanción colegial, vulneraría el principio non bis in idem.

Entiendo que no, pues el fundamento de la sanción es diferente; en el primer supuesto, se sanciona a un letrado por la comisión de un delito —por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico—, mientras que en el segundo, se le sanciona con una medida disciplinaria por la realización de un hecho atentatorio a la dignidad de la profesión.

Pero es más, el Estatuto General de la Abogacía de fecha 24 de Julio de 1982 impone la consideración de falta disciplinaria muy grave, al colegiado que hubiese sido condenado con Sentencia firme por hecho gravemente afrentoso (art. 113. ap. J), sancionándole de acuerdo con el artículo 116-1, b, con la expulsión del Colegio.

Pero en tal supuesto concreto, si puede conculcarse el principio non bis in idem. Pues, de acuerdo con lo establecido con el artículo 47 del Código Penal «Las penas de prisión mayor, prisión menor y arresto mayor, llevarán consigo la suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena»²³.

Entiendo que con independencia de lo que se entente por «hecho gravemente afrentoso», la suspensión de la profesión por una parte y de la expulsión por otra, pueden estar en pugna con el principio que comentamos.

CONCLUSION

El principio non bis in idem, hoy «constitucionalizado», esta enmarcado en el artículo 25.1 de la Constitución, e impide en determinados casos, la duplicidad de sanciones por los mismos hechos; sin embargo tiene un ámbito de aplicación muy restringido. Sólo, en aquellos casos, en que concurra los requisitos de carácter positivo apuntados, tales como, identidad absoluta de hechos, de sujeto activo y de fundamento de la sanción, y de carácter negativo, es decir, que no exista una relación de supremacía especial de la Administración, regirá el principio en cuestión.

Con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de Octubre de 1983, quedó ya resuelta la cuestión que impedía que los Tribunales sancionasen

²³ Véase Sentencia de 30 de Abril de 1988, publicada en la Ley de 19 de Enero de 1989: Apropiación indebida de provisión de fondos.

como delito un hecho, si ya había sido sacionado en vía Administrativa, pues ahora, la Administración se abstendrá, si considera que los hechos pueden revestir carácter de delito. Con posterioridad a la Sentencia de 3 de Octubre apuntan en el mismo sentido, la generalidad de la Doctrina y la Ley General Tributaria, en su artículo 77 n.º 6.

Finalmente y en relación a cuanto acabamos de expresar, los hechos declarados probados por los Tribunales de Justicia vincularán a la Administración por cuanto unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

**DISCURSO DE INGRESO DEL ACADEMICO DE NUMERO
DE LA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION DE
BALEARES, BAJO EL TITULO:
«DE NUEVO SOBRE LA MULTIPROPIEDAD»**

EDUARDO MARTINEZ-PIÑEIRO CARAMES
NOTARIO

Multipropiedad. «Propiété de beacoup» dicen los franceses en la, para mí, más perogrullesca y, al mismo tiempo, más exacta síntesis que puede hacerse de esta nueva y novedosa figura jurídica, toda vez que en ella se recoge por definición, uno de sus requisitos «sine qua non»: sólo puede haber multipropiedad cuando muchos son propietarios de una misma cosa. Pero..., ustedes me dirán que esto no es nada nuevo, que el mundo jurídico ha reconocido desde tiempo inmemorial la posibilidad de que un mismo derecho subjetivo corresponda a varias personas conjuntamente, y por ello se nos ha hablado de titularidad múltiple o plúrima o simplemente de cotitularidad; e, hilando más fino, de cotitularidad refiriéndose a toda clase de derechos subjetivos y de comunidad si de derechos reales se trata.

Para que haya multipropiedad, para que haya novedad, debe ser necesario algo más. ¿Qué más? Todos parecemos estar de acuerdo en que este plus definidor es la idea del tiempo. Para que nos encontremos ante la multipropiedad es preciso que varios sean propietarios de una misma cosa (sea inmueble, sea mueble, vgr.: embarcaciones, sofisticados ordenadores, etc.), pero que su goce o disfrute esté demarcado en el tiempo: tú tienes derecho a usarla de tal a tal día cada año, cíclica y periódicamente durante X años o a perpetuidad; y yo, en las mismas condiciones, los días tales y cuales.

Si esto es así de sencillo ¿por qué se habla tanto de la multipropiedad?, ¿por qué tantos Congresos y tantas y tantas opiniones doctrinales?, ¿por qué

la multipropiedad está casi a diario en las páginas de los periódicos? Con la mano en el corazón creo que solamente hay una respuesta válida: «money, money, money».

La industria de la multipropiedad —quizás ya sea hora de que empecemos a utilizar la expresión anglosajona de «time sharing»— es un gran negocio y un gran negocio en manos de multinacionales. Según datos de la R.C.I. (Resort Condominiums International) —la más antigua organización de intercambios en la industria mundial de «timeshare», constituida en los EE.UU. en 1974 y con sede en Indianápolis— se espera que la inversión por construcción de apartamentos en régimen de multipropiedad en España hasta 1988 haya sido de cincuenta y nueve mil millones de pesetas, el total coste de promoción y venta de veintisiete mil novecientos millones y el de mantenimiento de tres mil ochocientos millones.

Estas multinacionales tienen exclusivamente una finalidad: la de repartir dividendos, y todo aquello que les suponga un obstáculo debe ser eliminado e intentan conseguirlo por cualquier medio lícito..., lícito en el sentido amplio con que se utiliza este calificativo en el campo de los negocios.

La Revista de la R.C.I., en su número de agosto de 1988, publica un tremendista artículo titulado «Catastrófico tratamiento del timeshare en España», y en el que, entre otras finezas, podemos leer: «A consecuencia de la posible introducción de una legislación controladora del tiempo compartido en España, esta industria está sentada encima de un volcán que puede entrar en erupción en cualquier momento y destruir el negocio (“the bussines”)»; «Los adversarios de la industria del timeshare en España —hoteleros, tour operadores y notarios— no desean nada más que ver la desaparición del tiempo compartido»; la utilización de la escritura pública es «muy cara y tiene pocos atractivos para el público a la larga, que nada sabe y nada quiere saber sobre las formalidades de la escritura, de la necesidad de los abogados o de los notarios o de los rëgistradores... ésta es la razón por la cual la mayoría de los promotores hayan seguido el sistema del Club... sistema que es aborrecido por las autoridades españolas y, en particular, por los notarios y los registradores españoles. La razón es muy fácil de comprender: el sistema efectivamente extrae del país todas las actividades de marketing, todos los beneficios, todas las transacciones con terceros y la situación se considera muy instatisfactoria». ¡Como para estar dando saltos de alegría!

Creo que sobra cualquier comentario. Si a la seguridad de usuarios y consumidores se antepone el afán de lucro está dicho todo. Lo extraordinario —uno nunca agota sus posibilidades de asombro—, lo extraordinario, repito, es que luego el eurodiputado británico Mc Millan Scott ponga el grito en el cielo y a España en la picota denunciando en nuestro país una «cultura de la corrupción» y afirmando que los fraudes se producen por «la codicia de los

promotores, la evasión fiscal, la lentitud de la justicia, la indefensión de los compradores, la incompetencia de sus alcaldes y la pasividad del gobierno». ¿Ustedes lo entienden? Cuando se rumorea de que va a ser aprobada una Ley que evitará fraudes y abusos, la R.C.I. salta, pregona que se acaba el negocio, amenaza con retirar la inversión extranjera en España y recomienda veranear o invernar por otros lares. Y mientras no hay ley, el eurodiputado —miembro conservador del Parlamento de York— nos inculpa con la codicia de los promotores —¿de qué nacionalidad?—, la evasión fiscal —¿de quién?— y la indefensión de los compradores.

Y tras esta introducción un tanto anecdótica, que más que introducción me sirve de autojustificación para volver a hablar sobre multipropiedad, creo ha llegado ya el momento de centrar el tema, jurídicamente hablando.

Prescindo, consciente y deliberadamente, de intentar un concepto de multipropiedad. Y lo hago por la sencilla razón de que para mí no hay multipropiedad sino multipropiedades; o lo que es lo mismo, el término multipropiedad, *timesharing*, propiedad a tiempo compartido o el que se prefiera utilizar de entre los muchos que se conocen, no es unívoco, ya que con él estamos bautizando durante una o dos semanas cada año un apartamento concreto o un apartamento distinto cada temporada a través del «spacebank» o banco de espacios de tiempo totalmente computarizado, hasta la multipropiedad «*stricto sensu*» que confiere a cada multipropietario un verdadero derecho real inscribible con la facultad de usar de la cosa solamente durante el período específico de tiempo asignado a la cuota adquirida, pasando por la modalidad societaria, tan del gusto francés, el «*direito de habitaçãô*» portugués y el *multiarriendo* suizo, ahora legalmente consagrado en Grecia.

Constreñido por el reloj —el tiempo también es «*money*»— repasemos las soluciones que la práctica ha ido elaborando entre nosotros para configurar la multipropiedad y que podemos sistematizar en dos grandes grupos: como derecho personal o como derecho real.

A) COMO DERECHO PERSONAL

Dentro de este grupo cabe, a su vez, diferenciar:

a) *Como simple pacto entre titulares* de cuotas indivisas de un inmueble o, en su caso, de un apartamento en régimen de propiedad horizontal. Es la modalidad más rudimentaria de construir algo semejante a la propiedad espacio-temporal. Nace cuando varios amigos se ponen de acuerdo, compran en *proindiviso* y pactan entre ellos los periodos en que cada uno de ellos haya de utilizar la casa, el chalet o el apartamento común.

Inconvenientes: falta de eficacia real de los pactos entre los copropietarios; posibilidad de ejercitar la «*actio communi dividundo*» pasando el plazo máximo de diez años o sus prórrogas, en su caso, por aplicación de la opinión dominante en orden a la interpretación de los art.^{os} 400, 401 y 404 del C.c. sin que de esta amenaza se pueda liberar el apartamento en régimen de propiedad horizontal buscando el amparo del art.^o 4.^o de la Ley 49/1960 sobre la materia, cuyo ámbito de actuación debe limitarse a los pisos o locales en proindivisión «para utilidad común de todos los propietarios»; y, por último, posibilidad de retraer por parte de cualquiera de los comuneros en caso de transmisión de una de las cuotas ex art. 1522 del C.c.

b) Construcción de la multipropiedad a través del *modelo societario o francés* (multipropiedad accionaria en terminología italiana). La nueva ley francesa 86-18 regula de nuevo la multipropiedad, como ya lo hizo su precedente 71-579, a través de las «*sociétés d'attribution*». El capital de la sociedad se divide en participaciones o acciones proporcionales al valor de las fracciones del inmueble a las que se refieren. La titularidad de una participación atribuye un derecho de estancia («*droit de séjour*»), limitado a un apartamento y a un periodo de tiempo prefijado; derecho de duración indefinida mientras la sociedad no se disuelva y su titular sea miembro de ella. Derecho de estancia que, con acierto, se califica como derecho no autónomo, personal y de carácter mobiliario.

Quizás sea curioso destacar que siendo los franceses los que tienen registrado el término «multipropiété» —concretamente a favor de la *Société des Grands Travaux de Marseille*— sean sus legisladores los más contrarios a la idea de propiedad. Así la nueva ley especifica que no es factible conferir en las sociedades de atribución ningún derecho de propiedad o cualquier otro derecho real en contrapartida en las aportaciones (art.^o 1.^o) y que en todo documento que constate la adquisición de participaciones o acciones de este tipo de sociedades deberá aparecer claramente que dicha adquisición sólo confiere la cualidad de asociado y no la de propietario del inmueble (art.^o 33). Incluso prohíbe, en este mismo precepto, que en todo tipo de publicidad se utilice cualquier expresión que incluya el término propietario para calificar la cualidad de asociado.

El fallo fundamental de este sistema es la imposibilidad de acceso a la publicidad registral. A ello habrá que añadir además la posibilidad de que en Junta General se decida modificar el objeto social o el destino del inmueble y, lo que es más grave aún, la consecuencia de que los asociados se vean envueltos en la quiebra de la propia sociedad.

La posible aplicación de nuestro Derecho de esta solución encuentra el gran obstáculo de la finalidad lucrativa como fin principal y directo del contrato (art.^{os} 1665 C.c. y 116 de C. de Co). De todos es sabido que las expresiones

«partir entre sí las ganancias» y «obtener lucro», que, respectivamente utilizan los preceptos citados, pueden ser interpretadas en forma restrictiva, amplia y amplísima, eliminando esta última la finalidad lucrativa y aceptando las sociedades de objetivos benéficos, culturales o similares. Sin poder entrar en más detalles réstanos decir que particularmente me inclino por la tesis restrictiva en base a la propia y verdadera voluntad de los multipropietarios que lo que desean es adquirir la propiedad del apartamento chalet y no la titularidad de una acción. No es más que la antigua «*affectio societatis*» romana, reiteradamente aceptada por nuestro T.S.

c) *Sistema típicamente inglés o sistema de club*. Es indudablemente el más expandido y el que la famosa R.C.I defiende a capa y espada y nos quiere imponer aunque sea un calzador. El Club puede ser de propietarios o de socios. En el primer caso (proprietary club), el promotor retiene la titularidad de la explotación y confiere la cualidad de socio del club a los compradores de tiempo parcial (timeshare purchasers), a quienes se les provee de un certificado de socio (membership certificate) para justificar su titularidad. Estos miembros solamente tienen un derecho personal (contractual right) que les faculta para usar las propiedades del Club.

En el supuesto de Club de socios (members Club) o bien el promotor se convierte en miembro fundador y transfiere la titularidad de la explotación a un «trustee» para el beneficio de los socios normales del propio club y a quienes se les entrega un bonito certificado como justificante de sus derechos, o alternativamente el promotor incorpora socios, con reserva del derecho de admisión y el de asignar a cada nuevo miembro uno de los periodos de tiempo disponibles.

B) LA MULTIPROPIEDAD COMO DERECHO REAL

Si, de acuerdo con la doctrina dominante, los derechos reales se caracterizan por ser inmediatos y absolutos, frente a los personales que son mediatos y relativos, y si, además, los primeros pueden buscar el amparo del Registro de la Propiedad (ex-art.^{os} 2.º L.H. y 4.º de su Reglamento), lo que está vedado, salvo honrosas y escasas excepciones, a los segundos, a nadie debe extrañar que los profesionales del Derecho prefiramos configurar la multipropiedad como derecho real, dando así mejor satisfacción a los intereses en juego, tanto de los promotores como de los adquirentes.

Las principales construcciones propuestas son:

a) *Derechos reales limitados o restringidos*. Se manejan las ideas de servidumbre —ya sea personal (atribución al multipropietario, con eficacia real, del derecho a utilizar un apartamento o chalet, perteneciente a un propietario

distinto, durante un periodo de tiempo al año; lo que encajaría en el art.º 531 C.c. y en el principio de libertad del 594 del mismo cuerpo legal) o real (como servidumbre voluntaria discontinua atípica ex-art.º 594 C.c. y que sería recíproca a favor y sobre cada fracción espacio-temporal), y las de derecho de usufructo o de habitación.

La posibilidad de la servidumbre encuentra su gran dificultad en el principio «nemini res sua servit»; el usufructo además de su naturaleza temporal y el derecho de habitación en estos mismos caracteres, en su intransmisibilidad o, cuando menos, su dudosa transmisibilidad (art.º 525 C.c.) y su no hipotecabilidad (art.º 108.3 L.H.).

b) *Propiedad dividida o comunidad prodiviso*. Hay propiedad dividida cuando los aprovechamientos de una misma cosa pertenecen a dos o más personas, pero no de una forma alicuota o proporcional (copropiedad), sino perteneciendo a una persona ciertos aprovechamientos y a otra otros distintos. Quizás convenga recordar el clásico ejemplo del padre que lega un caballo a dos hijos; a uno, para pasear y al otro, para que, en época de recolección, lo utilice para las labores agrícolas. Aquí no hay copropiedad; si la hubiera se servirían los dos del caballo para todos y los mismos fines; ni tampoco hay un derecho limitado, sino que ambos son igualmente dueños, tienen, por tanto, por igual todos los derechos que integran la propiedad, sólo que los ejercitan y los usan para un fin distinto.

Los que se inclinan por esta posición mantienen que en la multipropiedad hay una concurrencia de varios derechos cualitativamente iguales sobre una misma cosa o entidad física (objeto mediato); que tal concurrencia genera un conflicto de intereses que se resuelve, no atribuyendo distintos aprovechamientos materiales a uno y a otro titular, sino atendiendo a un criterio meramente temporal mediante la atribución de periodos de tiempo para el disfrute de todos los aprovechamientos que el objeto mediato puede ofrecer. De esta forma el periodo de tiempo, en definitiva el tiempo, se convierte en el objeto inmediato del derecho de los multipropietarios.

La dudosa admisibilidad en nuestro Derecho positivo de la comunidad prodiviso —no olvidemos que el sistema C.c. es el de la comunidad romana o indivisa— y el que no aceptemos que el tiempo pueda ser objeto de derecho, nos llevan a rechazar esta interesante construcción.

c) *Comunidad proindiviso, por cuotas o de tipo romano*. Para que exista este tipo de comunidad es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: 1.º Pluralidad de sujetos llamados de un modo simultáneo; 2.º Unidad de objeto; 3.º Identidad cualitativa de cada titularidad, aunque puedan ser cuantitativamente diferentes.

Entendemos que estos requisitos no se cumplen en la multipropiedad. Hay *unidad de objeto*, en el sentido de que los derechos de los multipropietarios recaen sobre la totalidad del piso, apartamento o chalet. Y, por último, dichos derechos son *cualitativamente iguales* puesto que todos sus titulares gozan de las mismas facultades de uso, goce y disposición, con independencia de la duración, más o menos larga, de los distintos periodos (diferencia cuantitativa).

Tres grandes obstáculos se oponen de nuestro Derecho positivo a la construcción de la multipropiedad como comunidad proindiviso: el *uso solidario*, la *acción de división* y el *retracto de comuneros*.

El *primero* (uso solidario) es el de menor entidad, ya que si bien en principio parece desprenderse del art.º 394 C.c., no es menos cierto que la doctrina está de acuerdo en que el respeto al derecho de los demás podrá determinar que el uso deba limitarse en proporción a la cuota (ex-art.ºs 393 y 399 C.c.) y por ello, si bien el goce inmediato y simultáneo de todos los copropietarios sobre la cosa debe ser considerado como el mejor y más conveniente, en aquellos casos en que no sea posible será necesario regularlo de modo distinto y desde antiguo está aceptado el uso por turnos o tandas que permite un uso sucesivo y completo sobre una cosa, pero limitado en cuanto al tiempo. Más de un texto en este sentido cabe encontrar en el Digesto y sin necesidad de retroceder tanto en el tiempo bástenos recordar las comunidades de aguas extendidas por toda nuestra geografía en mi Galicia natal la institución del «muño de herdeiros» —art.º 93 de su Compilación—.

El *segundo punto* conflictivo es la *acción de división*. El art.º 400 C.c. proclama que nadie está obligado a permanecer en la comunidad; que cada propietario puede pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa; y que el pacto de indivisión sólo será válido por el tiempo determinado que no exceda de diez años, prorrogable por nueva convención.

Si, con la postura que podemos denominar clásica, entendemos que este art.º 400 es de orden público y, por tanto, imperativo y que no admite pacto en contrario, la configuración de la multipropiedad como comunidad proindiviso nos estaría vedada.

Frente a esta tesis la más moderna doctrina afirma que no todas las situaciones de comunidad son peligrosas ni antieconómicas. Que hay comunidades y comunidades, y que en algunos supuestos la comunidad favorece los intereses de los condueños mejor que la propiedad individual. Ejemplos: calles y caminos comunes, las aguas, la medianería, los panteones familiares, las casas por pisos y, ahora, la multipropiedad. Sobre esta base algunos autores admiten un tipo de comunidad, equidistante entre la típica proindiviso romana y la sociedad civil, que denominan «comunidad social» y que caracterizan por su origen (nacer por pacto y ser, por tanto, comunidades queridas, buscadas

y reglamentadas por los propios partícipes) y su fin colectivo (fin común a todos y que sirve para proporcionar a los cotitulares una utilidad conjunta que es superior a la resultante de la suma de las utilidades individuales). Para otros, la «ratio» del art.º 400 C.c. no es el de que el mantenimiento de la comunidad sera perjudicial en sí mismo, sino en tanto en cuanto limita la circulación de los bienes. Por ello, en aquellos supuestos en que haya dificultades para negociar una participación indivisa, la acción de división es necesaria. Por el contrario, cuando en la realidad social se ha desarrollado una comunidad que no es indeseable, sino a la inversa, los partícipes en ella obtendrán fácilmente la negociación de sus partes indivisas, incluso con mayor facilidad que la de la cosa en su conjunto por todos. Y esto es precisamente lo que sucede en la multipropiedad y éste es su origen y fundamento: es más fácil vender una cuota que confiere el derecho a disfrutar de un apartamento o chalet durante un periodo determinado, que vender el pleno dominio del total inmueble.

Así entendido el art. 400 nos es posible independizar el párrafo 1.º del art.º 401 del propio C.c. —no se permite exigir la división, cuando de hacerla la cosa resulte inservible para el uso a que se destina— del art.º 404 —cuando la cosa fuere esencialmente indivisible y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio—. Y de esta forma el art.º 401 no solamente excluirá la división material, sino también la económica y jurídica (la venta de la cosa común).

Creemos haber demostrado la posibilidad de que en nuestro Derecho se excluya la acción de división siempre que al dividirse la cosa ésta resultare inservible para el uso a que se ha destinado. Y dado que en la multipropiedad hay un uso especial para el que se ha destinado la cosa «ab initio» —el uso, por tandas o periodos— estimamos válido el pacto de indivisión sin limite de tiempo.

Esta posibilidad, unida a la exclusión del retracto de comuneros, ha sido admitida por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su conocida Resolución de 18 de Mayo de 1983, sobre la base de diferenciar entre comunidades incidentales (caracterizadas por su inestabilidad y origen involuntario) y comunidades funcionales (nacidas de pacto y con la finalidad de alcanzar un destino común que, en tanto subsista, no permitirá el ejercicio de la acción de división sin el acuerdo unánime de los copartícipes, pues ello supondría la destrucción de la comunidad realmente querida). Lo fundamental —según indica esta Resolución— es que la comunidad responda a un fin lícito por estar insita en la realidad social de nuestra época. El encaje de lo expuesto en la multipropiedad no merece ni siquiera ser destacado.

El *último obstáculo* es el del *retracto de comuneros* (art.º 1522 C.c.). He mantenido, y sigo haciéndolo, que este retracto, no es una traba para configu-

rar la multipropiedad como comunidad proindiviso. La existencia del retracto no impide la transmisión de la cuota, sino que su juego la única consecuencia que produce es dar preferencia para su adquisición a otro multipropietario frente a un extraño (art.º 1521 C.c.), lo que incluso, por la mecánica de la ley de la oferta y la demanda, puede beneficiar la multipropiedad. en todo caso, y si se estima que perturba, cabe excluirlo por pacto siendo de aplicación los mismos argumentos que hemos utilizado al hablar de la «actio communi dividundo», el art.º 6.º 2 del C.c., y los art.ºs 392 y 1255 del mismo cuerpo legal —que son los que invoca la citada resolución de 18 de Mayo de 1983—.

Personalmente considero que la multipropiedad encaja perfectamente dentro del marco de la comunidad proindiviso o por cuotas de tipo romano, tipificada, como no podía ser menos, por una serie de notas o requisitos (origen, duración, fines y organización) que nos permiten calificarla de copropiedad atípica. Copropiedad atípica que vendrá regulada por los pactos de las partes —generalmente unilaterales del promotor— dentro de los límites o marco del Título III del Libro II de nuestro C.c. sobre la comunidad de bienes (art.ºs 392 a 406) y a la que cabrá aplicar por analogía, o si seprefiere por vía de integración, las normas de la ley 49/1960, de 21 de Julio, sobre Propiedad Horizontal, la cual —como se ha escrito recientemente— mientras el legislador no promulgue un cuerpo normativo específico entrará en liza como cuerpo básico o código de la propiedad inmobiliaria plural, al igual que ya lo ha hecho respecto de las urbanizaciones privadas, también llamadas propiedades horizontales tumbadas o, simplemente, propiedades más horizontales (S.S. de 13 de Noviembre de 1985 y 28 de Mayo de 1986).

Y habiéndonos definido ya para nosotros la configuración ideal de la multipropiedad, repasemos desde este punto de vista su *estructura*, centrándonos en la multitud inmobiliaria.

1. Elementos

a) *Personales*. En principio cabe diferenciar la figura del promotor (que es quien crea y moldea su multipropiedad) y la de los multipropietarios (o adquirentes de la cosa u objeto de la multipropiedad). El primero está destinado a desaparecer, lo que sucederá cuando haya vendido íntegramente todas las cuotas indivisas, si bien es posible que intente permanecer en escena reservándose facultades de administración.

Al lado del promotor-vendedor y de los multipropietarios-compradores alcanza una gran importancia en el tiempo compartido la figura del administrador, aunque «stricto sensu» no sea un elemento personal de la multipropiedad. Toda la doctrina, tanto patria como extranjera, destaca el papel estelar del administrador, habiéndose llegado a afirmar que sin administrador el

«time sharing» no puede sobrevivir. Lo que ha ocurrido, sin embargo, es que este papel se ha supervalorado y se han atribuido al administrador omnímodos poderes, lo cual ha provocado abusos y reacciones frente a estos abusos. La doctrina norteamericana y las últimas reformas legislativas en este país vienen a restringir estos poderes y están encaminadas a permitir que los multipropietarios puedan ejercitar en medida relevante el autogobierno.

La elección del administrador y la duración del cargo plantean problemas en los que no podemos detenernos. Por señalar algunos destaquemos respecto a la elección el de la validez o nulidad de la cláusula en la que el promotor se reserva la facultad de designación; y en orden a la duración, las dudas sobre la licitud de la autodesignación que a su favor se hace el promotor-vendedor en tanto no esté totalmente enajenado el complejo.

Las facultades del administrador forzosamente han de ser amplias y referidas tanto a las zonas o elementos comunes a los apartamentos privativos. Lógicamente deberán asignársele facultades en orden al cuidado, limpieza, conservación y reparación; pago de impuestos, contribuciones y gastos; nombramiento, dirección, vigilancia y despido del personal necesario para el buen funcionamiento del conjunto; contratación de suministros y seguros; renovación de lencería, mobiliario, etc. etc. Incluso se ha propugnado la atribución de facultades cuasi-arbitrales.

b) *Reales*. Tal y como configuramos la multipropiedad su objeto es único, ya sea una vivienda unifamiliar asilada o un apartamento integrado en una propiedad horizontal normal o tumbada. Lo que se adquiere en la multipropiedad es una cuota parte de un inmueble; el multipropietario es titular de un derecho real de propiedad que recae directamente sobre un inmueble. El objeto de la multipropiedad no es el tiempo o el periodo de tiempo durante el cual se puede usar y disfrutar del inmueble. El tiempo afecta únicamente al ejercicio del derecho, no es el objeto del derecho. La teoría de la propiedad cuadrimensional es atractiva y sugerente, pero para nosotros artificiosa e innecesaria.

También hay que considerar objeto de la multipropiedad al mobiliario adecuado para el uso y disfrute del apartamento. En este sentido, con más precisión cabría concluir que el objeto de la multipropiedad es realmente un apartamento amueblado, debiendo los «muebles» considerarse como inmuebles (criterio de destino de los n.º 4.º y 5.º del art.º 334 C.c.).

c) *Formales*. Ante la carencia de regulación legal deben regir los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico, concretamente el de la libertad de forma de los art.ºs 1278 a 1280 del C.c.

El *nacimiento* de la multipropiedad será a través de un acto de voluntad, normalmente de carácter unilateral e intervivos. Así el promotor, dueño del

complejo o del inmueble, al declarar la construcción y parcelarla horizontalmente o bien después, decide vender alguna o todas las partes determinadas con sujeción a un régimen específico de uso y aprovechamiento individual por periodos de tiempo prefijados. Al efecto redactará los pertinentes estatutos. De esta manera que proyectada, predibujada, la multipropiedad que realmente nace desde el momento que el promotor haya dispuesto de alguna de las cuotas representativas de un turno.

La *adquisición* puede tener lugar por cualquiera de los modos admisibles en Derecho, normalmente derivativo. En estos contratos, que serán del tipo de adhesión, se contiene la aceptación y sumisión expresas a los estatutos y régimen preestablecidos.

Conviene no olvidar la plena aplicación, dada la situación de preponderancia de la voluntad del promotor, de la ley 26/1984, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios.

La *disciplina o regulación* del tiempo compartido está contenida en los estatutos que, por analogía con la propiedad horizontal, son inscribibles en el Registro de la Propiedad, formando un todo unitario sin distinción entre pactos obligacionales y reales, y que afectarán en consecuencia a los terceros.

Y ya que hemos mentado al Registro de la Propiedad aprovechamos la ocasión para aludir a la inscripción de la multipropiedad. La vía de acceso de los especiales pactos que delimitan la figura de la propiedad por turnos puede encontrarse en el art.º 7.º del R.H. (que permite la inscripción de cualquier acto o contrato de trascendencia real que... modifique, desde luego..., algunas de las facultades del dominio), así como en el n.º 6 del art.º 51 del propio Reglamento.

Si la multipropiedad es de un gran complejo y se incardina dentro de un régimen de propiedad horizontal, si la inscripción del inmueble en su conjunto, de sus distintas partes determinadas y de las distintas cuotas representativas de los diferentes turnos se inscribiesen bajo un solo número (no olvidemos el criterio de la nitidez de los asientos, multiplicándose las inscripciones hasta límites que harían muy penoso seguir la verdadera historia jurídica de la finca. Para solucionar este problema la doctrina ha propuesto la inscripción en folio especial de cada una de las distintas titularidades referidas a los periodos de tiempo de utilización adquiridas por cada multipropietario con las correspondientes notas marginales de referencia a la inscripción de la finca matriz. Para ello se ha buscado apoyo en las disposiciones de nuestra legislación hipotecaria sobre comunidades de aguas y propiedad horizontal (art.º 8.º, n.º5 L.H. y 66 de su Reglamento) y también en el art.º 68 del propio Reglamento sobre inscripción de cuota indivisa de finca destinada a garaje o estacionamiento de vehículos.

2. Contenido

Está integrado por el conjunto de derechos y obligaciones de los multipropietarios. Si hemos concluido que la multipropiedad es un supuesto especial de condominio, las facultades que la conforman serán las mismas que las que integran el derecho de dominio, o sea: posesión, uso y disfrute, conservación, disposición y administración.

a) *Posesión*. En la multipropiedad, donde el uso está dividido en periodos o turnos, los multipropietarios son todos poseedores de la integridad de la cosa en todo momento. Durante el turno correspondiente el titular de éste asume el hecho posesorio, mientras los demás no por ello dejan de ser poseedores, derivando su posesión de la circunstancia de ser todos copropietarios. La posesión se desdobra de modo semejante a la posesión mediata e inmediata.

Si esto es así, cabe afirmar en tema de legitimación para el ejercicio de las acciones interdictales:

– que cada multipropietario estará legitimado frente a terceros en defensa del interés común de la comunidad,

– que el multipropietario que esté de hecho poseyendo en el uso y ejercicio de su turno estará legitimado frente a terceros para actuar en propio interés para repeler cualquier perturbación posesoria,

– y que entre copropietarios —por ende entre multipropietarios— cabe el ejercicio de la acción por despojo o interdicto de recobrar. es más dudosa, sin embargo, la posibilidad de utilizar el interdicto de retener para oponerse a la perturbación o inquietación originada por la extralimitación en el uso por parte de algún poseedor. Duda que en materia de multipropiedad resolvemos con respuesta a favor, ya que la cuota queda concretada en el uso del apartamento durante un periodo determinado y no es necesaria la indagación sobre el título de cotitularidad, que es lo que excede de la función del juicio posesorio.

b) *Uso y disfrute*. Demostrada ya la posibilidad del uso por tandas o periodos, sólo nos resta añadir:

– que es fundamental la delimitación del turno de cada multipropietario lo cual se suele hacer adscribiendo a cada participación un periodo de tiempo, normalmente semanal, que puede ser especificado en los estatutos o incorporando un calendario para veinte o treinta años.

El turno puede ser fijo; combinación de semanas fijas y separadas; semanas rotativas; intercambio de semanas (to swap) o incluso intercambio con otros multipropietarios pertenecientes a la misma organización (worldwide exchange a través del spacebank),

– que es imprescindible reservar determinadas cuotas para poder realizar labores de entretenimiento, conservación y, en su caso, de mejora. Las denominadas «cuotas congeladas»,

– que es fundamental articular con claridad la obligación de devolver el inmueble al final de cada periodo. En la extralimitación en el uso radica uno de los mayores peligros de la multipropiedad. De momento sólo cabrá establecer sanciones pecuniarias exigiendo un depósito previo en metálico elevado. Confiar en las acciones interdictales, rapidez de la justicia o en la urbanidad de los semejantes, nos parece una perfecta utopía,

– y, por último, que es también esencial el usar el inmueble conforme a su destino.

c) *Conservación.* Del art.º 395, párrafo 1.º, del C.c. se desprende el derecho de cada comunero a realizar por sí solo los actos necesarios para la conservación de la cosa, y la facultad, una vez llevado a cabo al acto de conservación, para reclamar a los demás su contribución en aquellos gastos y en proporción a sus respectivas cuotas ex-art.º 393 C.c.

Por gastos de conservación entendemos no sólo los necesarios para el adecuado destino de la cosa, sino también los dirigidos a mantenerla útil y productiva al servicio del derecho al que está afectada. Y dadas las especiales características de la multipropiedad —singularmente su destino turístico— habrá que incluir como tales los relativos al funcionamiento y conservación de las instalaciones deportivas o de recreo de los que suelen estar dotados este tipo de complejos.

En los estatutos suele ser habitual la diferenciación entre los gastos relativos al uso y disfrute del apartamento en cada período (electricidad, gas, pequeñas reparaciones, etc.), cuyo pago se exige individualizadamente al final de la ocupación, y los comunes del complejo (jardinería, seguros, administración etc.) para los que se prevé la elaboración de un presupuesto anual y cuyo pago debe realizarse antes de una determinada fecha.

La cláusula en la que se sanciona la falta de pago con la pérdida del derecho a la utilización del apartamento es de dudosa validez. Personalmente nos inclinamos por su admisibilidad siempre que figure en los estatutos.

d) *Disposición.* La posibilidad de que el multipropietario pueda disponer de su cuota es una mera consecuencia de su cualidad de propietario y es, al mismo tiempo, imprescindible para una buena oferta y una mejor demanda.

Los estatutos son muy expresivos en este punto y cuidan de destacar que la titularidad de la cuota y el uso del apartamento durante el período ajeno a ella pueden ser transmitidos libremente por actos intervivos o mortis causa;

incluso se prevé la posibilidad de ceder a un tercero el uso por vía de arrendamiento y la permuta de cuotas-períodos.

La hipoteca del derecho del multipropietario será perfectamente posible desde el momento en que se haya abierto un folio especial para cada cuota. En otro caso, habrá que acudir a la solución de constituir una sola hipoteca sobre todo el apartamento —hipoteca solidaria— sin necesidad de distribución entre los distintos derechos de conformidad con los art.^{os} 123 L.H. y 218 de su Reglamento.

Se ha dicho que la hipoteca del derecho del multipropietario presenta el inconveniente, común a todas las hipotecas de cuotas indivisas, derivado de los efectos retroactivos de la división previstos en el art.^o 399 C.c. Por mi parte he estimado que esta postura se queda a mitad de camino y que si bien es cierto que cuando la cosa común se divida el derecho del acreedor hipotecario quedará limitado a lo que se adjudique el condueño-deudor, no es menos cierto que sin necesidad de llegar a la división el acreedor puede ver satisfecho su derecho, bien adjudicándose personalmente el derecho hipotecado (la cuota con su período anejo) o bien resarciéndose con el importe que un tercero haya satisfecho en el remate de esa parte o derecho. No aceptar esta solución supondría un duro revés para la multipropiedad al cerrársele la posibilidad de acudir al crédito.

e) *Administración*. Engarzándose habitualmente la multipropiedad en el régimen de propiedad horizontal, cabe diferenciar entre administración del apartamento y administración del complejo.

La aplicación del art.^o 398 C.c., referido a la administración del apartamento, parece indiscutible: los acuerdos se adoptarán por mayoría y esta mayoría es real o de intereses. Todos los multipropietarios tienen, pues, el derecho a intervenir en la administración de su apartamento; derecho que podrán ejercitar administrando todos y decidiendo por mayoría los desacuerdos, o bien designando, también por mayoría, un administrador (copropietario o extraño).

Por lo que se refiere a la administración del complejo nos remitimos a lo antes dicho sobre el administrador al hablar de los elementos personales de la institución que examinamos.

Desde el punto de vista de los diferentes ordenamientos jurídicos, que separamos, la multipropiedad está regulada en EE.UU., (donde hay multitud de Estados con Leyes propias y, además, dos leyes modelo; la Uniform Real Estate Time Sharing Act —URETSA— y la ALDA/NARELLO ACT elaborada conjuntamente por The American Land Development Association y The National Association of Real Estate License Law Officials), en Francia (a través de las

ya citadas «sociétés d'attribution», ley 86-18, de 8 de Enero); en Grecia (Ley 1652, del 14 de Octubre de 1986); y en Portugal (D.Ley n.º 355/1981, de 31 de Diciembre, reformado el 4 de Octubre de 1983 por otro D.Ley, el n.º 368).

Sabemos también que en Argentina no hay ninguna Ley aprobada aunque en dos recientes trabajos se haya afirmado lo contrario. A través de contactos directos con escribanos del otro lado del Atlántico conocemos que hay un proyecto legislativo que está meramente presentado para su estudio y que en la Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial —sancionada por la Cámara de Diputados y en estudio por la de Senadores— el proyectado art.º 2715 permite la indivisión forzosa cuando la división fuere nociva y «mientras subsista el sistema, en el supuesto de constitución de condominio sobre un conjunto de cosas, con asignación a los condóminos de usos y goces sucesivos y alternados por períodos determinados».

Igualmente hay un Anteproyecto en Italia —elaborado por la Comisión Irti— y otro en Méjico para incluir en los Códigos de los Estados Guerrero y Quintana Roo.

¿Qué sucede en España? A pesar de los diferentes «achuchones» parlamentarios internos, de la propuesta de resolución aprobada por el Parlamento Europeo los días 28 y 29 de Septiembre de 1988 de la que ha sido ponente nuestro Diputado y Catedrático de Derecho civil Manuel García Amigó, y de la campaña orquestada por la prensa, de momento sólo contamos con varios Anteproyectos. De entre ellos el de público conocimiento es el publicado en la Actualidad Civil (n.º 39, 30 de Octubre de 1988).

Lo pasamos por alto por razones de tiempo y vamos a hacer referencia a otro de mucha mayor extensión que el anterior (33 largos artículos) y que parece ser, en estos instantes, el favorito.

Sus ragos fundamentales son:

– encaje de la multipropiedad en el campo de los derechos reales. En el régimen de multipropiedad —dice el art.º 1.º a modo de definición— se asigna la propiedad del edificio a diversos propietarios de modo que cada uno de los apartamentos o locales, con su mobiliario y enseres, pertenece a varios partícipes y cada uno de éstos tiene el disfrute exclusivo del apartamento o local durante cierto período del año;

– sumisión obligatoria a la nueva Ley y supletoriamente a las reguladoras de la propiedad horizontal, de tal forma que se entenderán sometidas a esta Ley las operaciones que, directamente o en formas societarias, empleen términos que no excluyan que el adquirente pasa a ser titular, sobre un piso o local determinado, de un derecho económicamente análogo al derecho de goce excluyente y periódico regulado en la presente ley, pudiendo cualquier adquirente exigir la constitución en forma de multipropiedad (art.º 3.º 1);

– aplicación retroactiva de la nueva normativa a las multipropiedades ya existentes (Disposición Transitoria);

– proclamación de la exclusiva competencia de los Tribunales españoles y de la ley española en todas las operaciones que tengan por objeto inmuebles situados en España (art.º 3.º 3);

– admisión de dos clases de multipropiedad: con servicios por precio alzado, en cuyo caso la entidad transmitente u otra resulta obligada a la prestación de los servicios esenciales a cambio de un precio global; o con servicios por administración, supuesto en el que los servicios se presten por cuenta de los partícipes por el administrador de la multipropiedad (art.º 4.º);

– exigencia de documento público e inscripción en el Registro de la Propiedad para la multipropiedad quede válidamente constituida (art.º 5.º, pár. 1.º);

– enumeración imperativa de las circunstancias que debe contener el título constitutivo relativas a los periodos de disfrute, a la prestación de los servicios y a la organización (art.º 5.º, pfo. 2.º);

– reconocimiento expreso del poder dispositivo de cada titular sobre su periodo, tanto por actos intervivos como mortis causa (art.º 6.º 1);

– la determinación de los órganos de la multipropiedad: juntas de propietarios, generales o especiales; Presidente de la Comunidad; el Administrador; y el Secretario (art.º 10 y ss.);

– cuidadosa regulación del cargo de administrador, con enumeración de sus derechos y obligaciones, y sujetándolo a la inspección de las autoridades de Turismo (art.º 16 y ss.). Entre sus derechos podemos destacar, con asombro, que se le atribuye la posesión del edificio y de cada una de sus partes; que tendrá la llave de todas ellas; y que la detención de un propietario inmediatamente después de terminar su período de goce exclusivo podrá ser reprimida como acto de fuerza, incluso por la Autoridad Gubernativa;

– la precisión de que las Sociedades de servicios han de ser anónimas con un capital superior a cien millones de pesetas, desembolsado, al menos, en un 50%; su objeto exclusivo ha de ser la promoción, construcción y venta de edificios en régimen de propiedad horizontal o de multipropiedad y la prestación de los servicios a estas comunidades por precio alzado o por administración; sus administradores habrán de tener su residencia en España; y estarán sujetas a la inspección de las autoridades de Turismo (art.º 29).

Las Sociedades de Administración podrán ser anónimas o limitadas; su capital deberá ser superior a cinco millones de pesetas; y su objeto sólo la prestación de servicios, a precio alzado o por administración, a las comunidades inmobiliarias en régimen de propiedad horizontal o de multipropiedad (art.º 30);

– no se olvida, por último, la ley de la protección de los usuarios y consumidores, dedicando a ellos los artículos 31 a 33. El 32 concretamente señala que «las personas responsables de las ventas u otras operaciones que tengan por objeto la propiedad por períodos o derecho real análogo del disfrute sin constituir antes la multipropiedad de acuerdo con la presente Ley incurrirán en el delito de estafa».

Como todo Anteproyecto el esbozado es susceptible de múltiples mejoras que estamos seguros se lograrán con una miaja de buena voluntad. Lo que hace falta es que vea pronto la luz para que así los profesionales del Derecho tengamos donde aferrarnos, se alcance la mayor seguridad jurídica posible y en el futuro sean imposibles titulares como el aparecido en el Herald Tribune que, con motivo del citado informe Mc. Millan, nos obsequia con un «turístico» slogan: «Cuando los castillos en España resultan ser chabolas».

¡He dicho!

CONTESTACION AL DISCURSO DE EDUARDO MARTINEZ-PIÑEIRO CARAMES

ANDRES RULLAN CASTAÑER
ABOGADO

INTRODUCCION

En todo el discurso que acabamos de oír, Eduardo Martínez-Piñeiro Carames no se ha referido a su monografía que lleva el *equivoco* título: «RESOLUCIONES NOTARIALES AL FENOMENO DE LA LLAMADA MULTIPROPIEDAD O PROPIEDAD A TIEMPO COMPARTIDO».

Fue escrita como Ponencia presentada a la III Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en Palma en Junio de 1987.

Si he dicho que el título es equivoco es porque, siendo una obra de 152 páginas, sólo seis de ellas, que integran la Tercera Parte del libro, se dedican a las «Soluciones notariales». El autor se excusa, al final, con estas palabras: «Según íbamos desgranando esta Ponencia íbamos adquiriendo plena conciencia de que nuestro cerebelo no daría para más, y que esta Tercera Parte de la misma, que habíamos programada *ab initio*, se estaba quedando sin contenido, ya que las soluciones las íbamos proponiendo en cada uno de los puntos examinados».

¿Qué significa ésto? Que el autor se entusiasmó de tal manera con el tema de la multipropiedad, que lo dejó agotado en la Primera y Segunda Parte de su monografía. En la Primera Parte estudió a fondo el Derecho comparado, ofreciendo al lector una panorámica de la legislación extranjera y de la regulación, en la práctica, de la multipropiedad en los distintos países, con las di-

ferencias existentes entre ellos, explicadas atinadamente por sus raíces históricas. En la Segunda Parte, se adentró en el análisis exhaustivo de las construcciones jurídicas elaboradas por la doctrina de nuestro País, que agrupó en dos grandes apartados, el de aquellos autores que consideran la multipropiedad como un derecho personal, y el de aquellos otros que la consideran como un derecho real. Al exponerlas y comentarlas resaltó las ventajas e inconvenientes de unas y de otras construcciones.

A través de este análisis Martínez-Piñeiro llegó a la conclusión de que la construcción más conveniente es la que concibe a la multipropiedad como derecho real, por ser dice, la que «satisface mejor los intereses en juego». Finalmente, tras un apurado y certero estudio de los preceptos del C.C. llegó a otra conclusión importante, según la cual la solución considerada, por él, más ventajosa es, precisamente, la copropiedad proindiviso de nuestro Código Civil.

¿Por qué, entonces, si la monogragía es tan completa, su insistencia, hoy, sobre el tema? El mismo lo ha explicado: la monografía es de Junio de 1987. Desde entonces han saltado a la prensa internacional abusos cometidos por los promotores, atribuidos a la carencia de leyes específicas que resuelvan los nuevos problemas que plantea la multipropiedad. También se han elaborado en nuestro País dos anteproyectos de Ley, y el Parlamento Europeo tiene en estudio una Directiva que podría unificar el Derecho de los Estados Miembros de la Comunidad.

Es en este momento crítico y este escenario que el autor del Discurso ha considerado oportuno airear y ampliar algunos aspectos de sus conclusiones anteriores, al objeto de que sirvan de sólido arranque de la nueva ley española y de que ésta se tenga en cuenta en la proyectada Directiva Comunitaria.

Consideradas estas perspectivas, muy difícil me lo ponía Martínez-Piñeiro para contestarle. Para hacerlo he tenido que empezar por el principio, o sea, por la sociología de la multipropiedad.

¿COMO ES, DE HECHO, UNA MULTIPROPIEDAD?

La examinaremos desde dos perspectivas.

Primera perspectiva: ¿Cuántos multipropietarios la integran?

La contestación que demos a esta pregunta será rica en consecuencias.

Consideremos el supuesto muy simple de un complejo de 25 apartamentos

Supongamos que este complejo, por razones de situación o de clima, está proyectado para cerrar durante tres meses en invierno, por cuya razón no se

venderán los períodos correspondientes a estos tres meses. Descontemos, por tanto, 12 semanas. Quedan 40 por vender.

Si estos apartamentos se venden por períodos de una semana —supuesto normal, según Martínez-Piñero—, el complejo tendrá 1.000 multipropietarios, resultado de multiplicar los 40 períodos por los 25 apartamentos.

Si se hace la misma operación por períodos de 2 semanas, el complejo tendrá 500, resultado de multiplicar 20 períodos por 25 apartamentos.

¿Cuántos multipropietarios estarán presentes en el complejo en cualquier momento, y también cuando se haya de celebrar una Junta General? Tantos como apartamentos tiene el complejo, o sea 25. Estarán ausentes, en sus respectivos países, los otros 475.

Consideremos, ahora, un complejo de 100 apartamentos

Supongamos que se venden períodos de *una semana*. El complejo tendrá 4.000 propietarios, que es el número resultante de multiplicar los 40 períodos por los 100 apartamentos.

Supongamos, ahora, que se venden por períodos de 2 semanas. El complejo tendrá la mitad que en el caso anterior, o sea, 2.000 propietarios.

¿Y cuántos multipropietarios estarán presentes en el complejo en el momento de convocarse una Junta General? Tantos como el número de apartamentos, o sea 100 multipropietarios. Estarán ausentes 3.900 si el total es de 4.000; y 1.900 si es de 2.000.

Para concluir con las abstracciones, consideremos, todavía, un complejo de 200 apartamentos

Vendidos por períodos de una semana, a razón de 40 semanas, el complejo tendrá 8.000 multipropietarios, resultado de multiplicar 40 períodos por 200 apartamentos.

Vendidos por 20 semanas, tendrá la mitad, o sea 4.000.

¿Y cuántos multipropietarios estarán presentes al convocarse una Junta General? 200, que es el número de apartamentos. Por consiguiente, de los 8.000 estarán ausentes, en sus respectivos países, 7.800 en el supuesto de períodos semanales, y 3.800 si son bisemanales.

Se desprende de lo expuesto que la formación de una voluntad colectiva unánime o mayoritaria, para tomar determinados acuerdos, es prácticamente imposible. Por ejemplo, para designar o revocar los órganos de Gobierno; para designar o revocar a los Administradores; para el control de unos y de otros, etc. El voto por escrito no pasará de ser una *ficción* en aquellos casos en que,

para tomar la decisión, sea preciso un debate previo en la Junta. Empleando una metáfora podríamos decir que en este organismo mastodóntico de 2.000, 4.000, 8.000 multipropietarios, la sangre no circula, el sistema nervioso no funciona, los músculos no actúan y el cerebro no manda. Pero ésto no significa que carezca de sangre, nervios, músculos y cabeza. Lo que ocurre es que los que tiene son ortopédicos, desde el momento en que le son dados, dirigidos y controlados por los mecanismos que se crean estatutariamente para suplir la inexistente voluntad colectiva de la propia comunidad.

La cuestión relativa al número de multipropietarios presentes que, de hecho, pone un tope máximo de asistencia *personal* a las juntas generales, se agrava si trasladamos el problema a las mini-juntas de todos los multipropietarios de un apartamento singular cualquiera. Se ha recalcado en el Discurso de Martínez-Piñeiro que en las multipropiedades existe una comunidad general, que es la del complejo, y otra singular, para cada apartamento. Para resolver los problemas que atañen exclusivamente a un apartamento habrán de preverse juntas especiales de los multipropietarios del apartamento. ¿Cuántos de ellos estarán presentes en el lugar, en el momento de celebrarse la Junta? Solamente uno, el que esté de turno ocupando el apartamento. ¿Qué posibilidades hay de que se celebren esta clase de juntas? Ninguna.

Segunda perspectiva: Problemática psicológica

Veamos, ahora, cómo son, sociológicamente hablando, las células de ese gran organismo; o sea, cómo son los multipropietarios.

– Por regla general, el multipropietario es un turista. La multipropiedad se define como un fenómeno turístico. El turista adquirente tiene su vivienda estable en su propio país, que ocupa todo el año; y un apartamento que ocupará durante una o dos semanas, para sus vacaciones.

– El turista desconoce, por lo general, nuestro idioma, nuestras costumbres y nuestras leyes, lo que constituye un motivo de distanciamiento de los problemas comunitarios.

– Viene de vacaciones y no desea verlas perturbadas con preocupaciones de cualquier clase. Las vacaciones son para relajarse y descansar.

– Su inversión en el coste del apartamento es pequeña. Es importante tener claras las ideas sobre este punto. Hagamos, otra vez, unos números sencillos. Supongamos que un apartamento cuesta en el mercado 6.000.000 de pesetas. Supongamos, también, que el complejo tiene piscina, pista de tenis, salones sociales, etc., y que la cuota que corresponde a cada apartamento en el complejo vale otro 1.000.000 de pesetas. Añadamos, todavía, 2.000.000 de pesetas que acaso el promotor pueda pretender como beneficio especial o extraordinario de esta clase de ventas. Y sumemos otros 2.000.000 para suplir cual-

quier error y omisión. El apartamento viene a salir por 11.000.000 de pesetas. Pero de este apartamento el multipropietario solo adquiere un período, que en los supuestos que examinamos será de una semana o de dos semanas.

Y partiendo de ese precio de 11.000.000 de pesetas, ¿por cuánto debería salirle al multipropietario la adquisición de ese período?

Si los períodos son de una semana, habría que dividir los 11.000.000 por 40, y nos saldrían 275.000 pesetas.

Y si los períodos son de dos semanas, dividiríamos los 11.000.000 por 20 y nos saldrían 550.000 pesetas.

Puesto el producto en el mercado, la oferta, con su publicidad y la habilidad de sus agentes, y la demanda, con su capacidad adquisitiva, fijarán los precios efectivamente pagados, a los que habrá que añadir los gastos de formalización de la operación y los impuestos.

Pero el hecho de tener que dividir por 40, o por 20, según el número de períodos en que se divida el apartamento, no dejará de ser un factor a tener en cuenta para cualquier valoración que se haga.

Si conjugamos, ahora, estos bajos precios, con lo limitado de los derechos del multipropietario y su afán de liberarse de preocupaciones, quizás comprenderemos que puedan parecerle desproporcionadas las formalidades que estamos exigiendo en España para adquirir su cuota-parte y garantizarle, a través del Registro de la Propiedad, de eventuales quiebras, hipotecas, dobles ventas, etc.

NATURALEZA PERSONAL O REAL DE LA MULTIPROPIEDAD EN EL DERECHO CONSTITUIDO Y EN EL DERECHO CONSTITUYENTE

Con tales antecedentes podemos enfocar, desde una perspectiva que he procurado que fuera realista, los dos problemas básicos que plantea Martínez-Piñero en su discurso, que son, el encaje de la multipropiedad en nuestro Derecho positivo y su preferencia por el sistema que se habría de adoptar en la proyectada Ley reguladora de la multipropiedad.

Por lo que se refiere al Derecho constituido, no hay alternativa. Por una parte, tenemos el encaje perfecto de la multipropiedad en la indivisa del Código Civil (como ha demostrado Martínez-Piñero), lo que nos abre esta vía sin dificultad alguna. Y por otro lado, tenemos el hecho evidente —también observado por mi predecesor— de que los multipropietarios no tienen «afán de lucro», que es un requisito esencial de la sociedad civil y mercantil, según los respectivos Códigos, y según la Doctrina y la Jurisprudencia españolas, con lo

que queda excluida la fórmula societaria en España. En ambas materias considero que el debate está definitivamente cerrado.

El problema se presenta, por tanto, en el terreno de *lege ferendae*», de cara a la Ley ahora en proyecto.

En esta perspectiva es impensable que el legislador reemplace el sistema de la copropiedad proindiviso, que es el tradicional, y el que más ventajas tiene y menos inconvenientes, por el sistema societario. Pero, en principio, nada impide, tampoco, al legislador, *suprimir en la Ley especial el requisito del «afán de lucro»* en las multipropiedades societarias.

Sabido es que en Francia, los Códigos Civil y de Comercio exigen también el «afán de lucro», en preceptos idénticos a los nuestros; pero ésto no fue obstáculo para que este requisito fuera suprimido, primero, en la Ley especial de 28 de Julio de 1938 que regulaba la Sociedad de Construcción, y posteriormente, en la Ley de 8 de Enero de 1986, referida a las multipropiedades. Lo mismo puede hacer el legislador español.

Podría alegarse otro motivo para excluir a las multipropiedades del régimen societario y lo utiliza Martínez-Piñeiro en relación a las multipropiedades ya constituidas. Dice que los multipropietarios tienen la *voluntad de ser propietarios y no la de ser socios*. Y ésto, ya no me convence tanto.

Opino, por el contrario, que en la mayoría o en buena parte de los casos, lo único que de veras le interesa al multipropietario es poder disfrutar de un apartamento amueblado fijo, en un lugar y tiempo también fijos, y de sus instalaciones sociales o deportivas complementarias. Que estos fines se consigan a través de un título real o de un título personal, puede serle indiferente.

Me parece excesivo pensar que el adquirente pueda sentirse propietario de un apartamento que sólo le es dado ocupar una semana al año; que tiene que desalojar necesariamente en fecha fija, para que lo pasen a ocupar otros 39 propietarios que no conoce, antes de que él pueda hacerlo de nuevo; que no puede efectuar ningún cambio en la decoración o en el mobiliario, ni siquiera para reemplazar un cuadro, una alfombra o unas cortinas que no le gustan; y en relación a cuyo apartamento no tiene ninguna autoridad efectiva en su gobierno y administración.

De Francia y del Reino Unido vienen la mayor parte de compradores, y en sus países la multipropiedad está configurada como un derecho personal. *¿Cómo podemos atribuir a los franceses e ingleses una intención y voluntad de adquirir un derecho real de copropiedad?* ¿No pensarán por el contrario, que adquieren los mismos derechos que adquirirían en sus respectivos países? Y en aquellos otros de nuestro entorno cultural, excepción hecha de Portugal, la multipropiedad está organizada a base de los dos sistemas, el real y el societario. *¿Cómo puede presumirse, en los turistas de estos países, «a priori» y sin consultárselo, que quieren hacerlo por uno u otro sistema?*

Por todo ello, estimo que la futura Ley reguladora de la multipropiedad debería admitir las dos modalidades, la real en forma de copropiedad proindivisa atípica, y la societaria, en forma optativa, para lo cual habría que suprimir, de la configuración de esta especial sociedad, el requisito del «afán de lucro»; y se habrían de adoptar las medidas posibles, sin duda numerosas en Derecho constituyente, para evitar fraudes y abusos. Una de ellas, por ejemplo, sin necesidad de inventar nada, sería permitir la inscripción registral, voluntaria, de las participaciones societarias, que bien merecen, cuando menos, el mismo trato privilegiado que tienen los arrendamientos por más de seis años; si bien, en este caso, se habría de omitir el requisito de tiempo.

Con esto *nos situáramos en la línea en que están los demás países de la Comunidad Europea*; y posiblemente, en la misma que marcará la futura Directiva de su Parlamento, que es de suponer no se enfrentará con lo ya legislado o que es práctica en los países de la propia Comunidad (con la excepción ya dicha de Portugal). Y como los dos anteproyectos de Ley españoles son contrarios a la multipropiedad societaria, habríamos de empezar por modificarlos para adaptarlos a la orientación general.

Pero no nos hagamos demasiadas ilusiones. A los problemas propios de las multipropiedades que se derivan de su estructura gigante, y que en una pequeña parte acabamos de ver, hay que añadir otros, quizás más importantes, que no tiene que resolver la legislación específica de la multipropiedad: son las edificaciones sin licencia y sin planes de urbanismo aprobados, las infraestructuras urbanísticas no ejecutadas, los edificios mal construidos o mal acabados; las compras en el extranjero sobre planos, maquetas o folletos publicitarios; los compradores negligentes que no se preocupan de ver previamente lo que compran y de recabar informes de dónde podrían obtenerlos; la falta de controles de las autoridades urbanísticas, municipales y turísticas en zonas vírgenes de turismo y con autoridades todavía no preparadas para acogerlo, etc. Muchas de estas materias ya están legisladas, y sólo falta cumplirlas o hacerlas cumplir. Precisamente, es su no observancia lo que motiva las principales quejas que nos llegan del extranjero.

No es la naturaleza personal o real del título adquisitivo ni el régimen interno de la multipropiedad que las provoca. Lo que no empece que la nueva ley sea también urgente y necesaria, y que en ella la solución prioritaria —pero a mi juicio no en exclusiva— haya de ser la que tan brillantemente ha defendido Martínez-Piñero.

He dicho.

DISCURSO DE INGRESO EN LA ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION DE BALEARES QUE PRESENTA EL ACADEMICO ELECTO BAJO EL TITULO DE «LA SOLUCION DE LOS CONFLICTOS ENTRE PARTICULARES POR CAUSA DE LAS RETENCIONES TRIBUTARIAS».

TOMAS MIR DE LA FUENTE
ABOGADO DEL ESTADO

I. EL TEMA Y SU ELECCION

La absoluta libertad que los estatutos de la Academia confieren al miembro electo para escoger el tema de su discurso de ingreso ha dejado a mi exclusivo albedrío decidirlo y a mis propias fuerzas redactarlo.

En la decisión de hacerlo, sobre «La solución de los conflictos entre particulares por causa de las retenciones tributarias», han influido la evidencia de que la Academia lo es de Jurisprudencia y Legislación de Baleares y la constatación de que la única obligación en que se materializan sus amplios fines es la de publicar los discursos inaugurales, los de ingreso y las memorias anuales.

Por tratarse de una Academia de Jurisprudencia y Legislación, y no de Legislación y Jurisprudencia (pensando que, por jurisprudencia no se debe entender doctrina de los Tribunales sino jurisprudencia o conocimiento y ciencia del Derecho, siendo ésta, según la más autorizada de las fuentes, *divinarum et humanarum rerum noticia, iusti et iniusti scientia*) he creído que debía dar noticia de alguna disposición que regulara o resolviera problemas de los hombres, no de los dioses. Y, a ser posible, de normas recientes y con soluciones justas, para problemas actuales de los ciudadanos de esta Comunidad Autónoma.

Al ser, por otra parte, las publicaciones de la Academia testimonio de su propia historia, y ésta, en buena medida, reflejo de su composición, pensé que

podía, por mi experiencia profesional, referirme a problemas jurídicos de estos ciudadanos, surgidos en sus relaciones con la Administración Pública, cuya solución fuera independiente de los intereses económicos de ésta. En evitación de prejuicios, por mi parte, y suspicacias, por parte de los demás.

II. EL MARCO DE SU OBJETO

El tema se circunscribe en dos marcos más amplios. En dos círculos concéntricos.

Uno, el de la crisis del concepto de relación jurídica, en general, y de relación jurídica administrativa, en particular. Que es corolario de la ampliación progresiva de los deberes de la colaboración de los administrados con la Administración.

Otro, el de la privatización de la gestión tributaria. Que ha provocado la multiplicación de los conflictos entre particulares por razón de aquélla.

1) LA CRISIS DE LA RELACION JURIDICA ADMINISTRATIVA

La concepción subjetivista de la relación administrativa, como relación entre Administración y administrado, era fácilmente comprensible cuando lo público y lo privado estaban claramente diferenciados, y en un tiempo en que la realización del interés público se llevaba a cabo casi exclusivamente por la Administración. Hoy, el signo de los tiempos es otro. Han aparecido otras realidades sociales que satisfacen el interés público, que, o se han de integrar en la concepción personalista de la Administración, produciendo su elefantiasis, o han de ser inducidas a cumplir aquél mediante técnicas que desbordan el marco de la concesión (única vía en la que se podía articular, antes, la colaboración de los particulares en la gestión de los servicios públicos). Porque, si la Administración tiene aún el monopolio de la responsabilidad de la satisfacción del interés general, no le corresponde ya el de la gestión de los intereses colectivos.

Por esto ha dejado de ser el Derecho Administrativo el Derecho de la Administración, pasando a ser el Derecho de su organización, su actividad y las relaciones derivadas de ambas (sin comprender las que surgen entre particulares, y, por esto mismo, los conflictos entre ellos). Pero sin haber llegado a ser todavía el Derecho de actividad administrativa. Como acabará siendo.

Ya lo vio la doctrina española de fin de siglo. En un esfuerzo doctrinal, continuado posteriormente, de construcción de una teoría de las relaciones administrativas que comprendiera incluso las surgidas entre particulares, que aunque debió rendirse a la evidencia del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa (a pesar de las proclamaciones de la Exposición de Motivos de la Ley de 1956, que ve en el proceso administrativo una primera instancia jurisdiccional, y aún del artículo 28,4 b) que, a contrario, legitima como demandados a los particulares cuando obran por delegación o como meros agentes o mandatarios de la Administración), tuvo el mérito de intuir que la vía que podía permitir residenciar los conflictos entre particulares por causa de dicha actividad fuera de la jurisdicción civil, y precisamente en la contencioso-administrativa, era la de forzar a una intervención arbitral de la Administración revisable por ella.

Enrique Rivero Isern, en su estudio sobre «El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares» decía, en 1969, que en algunos casos (como los de las relaciones del concesionario de servicios públicos y los usuarios perjudicados por su actuación y las relaciones entre expropiado y beneficiario de la expropiación) la intervención arbitral de la Administración no venía exclusivamente justificada en la necesidad de dar acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa sino por razones sustantivas de interés público que desaconsejan el acceso directo.

En esta situación seguimos estando y seguiremos. Como lo demuestra el hecho de que el Anteproyecto de Ley del Proceso Contencioso-Administrativo, no se aleja en este punto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El proyecto, que responde a las exigencias de la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el aspecto subjetivo, se limita, en lo material, a admitir la inclusión de las pretensiones que se deduzcan, no sólo respecto de la Administración Pública, sino de las Cortes Generales, las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo, en cuanto a gestión patrimonial y de personal, y del Consejo General del Poder Judicial, sin este acotamiento, y a utilizar, en relación con la Administración Pública, la más amplia fórmula de «actividad», en sustitución de la conocida de actos y disposiciones de categoría inferior a la Ley.

A pesar de la manifiesta vocación de generalidad de la fórmula (que podría, según se ha dicho, haber sido satisfecha mejor con la expresión «actuación», que no es desconocida en el mismo anteproyecto y que usa tanto la Ley de Procedimiento Administrativo, como el artículo 106 de la Constitución y el 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) no rompe la tradición de la imprescindible presencia de la Administración como centro de imputación de la acción u omisión cuya legalidad se pone en cuestión en el proceso administrativo.

2) LA PRIVATIZACION DE LA GESTION TRIBUTARIA

Lo mismo que ha pasado en el Derecho Administrativo pasó también en el Tributario. No en vano se ha hablado de la administrativización del Derecho Tributario. Fenómeno en virtud del que comienza a perder su carácter, en cierta forma estamental y estatuario (al considerársele, prácticamente, como un Derecho de los contribuyentes, regulador de los actos de imposición de la Hacienda Pública), para convertirse en Derecho regulador de una pluralidad de relaciones que vinculan al administrado con la Administración Tributaria, en la realización de la no menor variedad de funciones y objetos que le vienen encomendados en la normativa fiscal.

Dice Casado Ollero, en su estudio sobre «La colaboración con la Administración Tributaria», que el proceso de reforma iniciado con la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal de 14 de noviembre de 1977 apuntó las bases de un nuevo modelo de relaciones con la Administración Tributaria, en línea con los deseos expresados en la Exposición de Motivos de la Ley General Tributaria (de superación del planteamiento liberal de la gestión tributaria como un proceso en el que se enfrentan y contraponen el contribuyente individualizado y la Administración, para convertirse en un procedimiento de colaboración a un fin común), que no se había traducido en provocar la colaboración espontánea del administrado, sino en recurrir a la colaboración de los contribuyentes, como parte de conjuntos o grupos profesionales, para determinar con procedimientos objetivos unas bases impositivas que la Administración, por sí sola, se sabía incapaz de fijar con más precisión.

Con la Ley de Medidas Urgentes y otras posteriores se ha profundizado en instituciones que, por la propia estructura del sistema tributario, antes, eran mero embrión, y ahora permiten hablar de una auténtica participación, no sólo del contribuyente, sino del simple administrado, en la gestión y aplicación de la norma tributaria. En expresión que acaso no pase de ser un eufemismo o, si se quiere, un sarcasmo, superadores de la contradicción que supone hablar de colaboraciones forzosas o de deberes de colaboración. Sobre todo, si de ellos han de resultar para el colaborador, gastos o, incluso, deudas en favor del beneficiario de la colaboración, tanto si lo hace como si no.

La reforma ha supuesto, en lo que a la gestión tributaria se refiere, la generalización de las autoliquidaciones. La repercusión del tributo por el sujeto pasivo a terceras personas ha pasado a tener carácter obligatorio y no facultativo. Se ha dado especial impulso a sistemas de retenciones que permiten, además de la del sustituto del contribuyente, o retención indirecta definitiva, la del retenedor u obligado a retener, a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre Sociedades, todavía no devengados.

III. LA RETENCION TRIBUTARIA COMO FUENTE DE CONFLICTOS

Descrito el marco, destacan, en él, las retenciones y la repercusión, en cuanto actos de particulares en el ámbito de la legislación tributaria, que pueden generar conflictos entre ellos.

Y sobre todo, a mí, me interesan las retenciones, en las que, además de una dimensión garantista, hay que descubrir otra de gestión y recaudatoria. Aspectos indisociables y complementarios. Como lo son en el Derecho Tributario, sus partes. Por algo se ha dicho de la retención que es garantía del crédito tributario (como lo es, en todas las manifestaciones, el derecho de retención), pero, además, y sobre todo, garantía de la recaudación tributaria. Tanto que, como dice Ramallo, alguien podría pensar que es un instrumento perverso, por las diferencias de trato que produce en relación a las otras rentas en que la retención no opera. Para negarlo, desde luego, pero para alertar, al propio tiempo, si el éxito de las retenciones se mantiene (recordando que en 1979 las retenciones por trabajo fueron del 71,20% del total de cuotas líquidas en IRPF y en 1980 del 76,6% y que en 1979 se declararon el 53,8% de rendimientos del trabajo y el 91,5% de los sometidos a retención y en 1980 aumentó la declaración en un 4,2% y las retenciones el 7,3%) sobre el riesgo de que la retención de lo que sea garantía es de desigual distribución de la carga.

En el derecho de retención tributario y en las retenciones tributarias, directa o indirecta, definitiva o a cuenta, hay, como en todas las instituciones tributarias, relación jurídica tributaria y procedimiento o gestión.

Si, en mi tesis doctoral contemplé la retención en el esquema de la relación jurídica tributaria, ahora, me interesa, desde la perspectiva del procedimiento, y, en éste, como acto, no de la Administración, sino de un administrador, distinto del deudor del tributo, que limita los derechos de otros, incluso de éste, frente a aquél, y que, en cuanto no se ajuste a la norma que la impone, puede dar lugar a litigios, que no son para la Administración res inter alios acta.

1) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema se conoce de antiguo en España. Pero no era urgente una solución en el sentido de permitir el acceso de la controversia a la jurisdicción contencioso-administrativa, por la vía de provocar una decisión administrativa previa. La urgencia fue fruto de la multiplicación de casos de conflicto que la conversión en impuesto de masas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas había de determinar. Y la evidencia de que el abandono directo a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria no era satisfactorio, y de que no

bastaba la receptividad del Tribunal Económico-Administrativo Central, que, en alguna ocasión, para hacerlo posible declaró que el ingreso a cuenta de lo retenido equivalía a un acto de la Administración.

No bastaba esta receptividad, porque tal posibilidad no ofrecía soluciones seguras sobre el plazo de interposición de la reclamación, órgano competente, procedimiento y ejecución, sobre todo, de lo resuelto. Tampoco satisfacía aquel abandono, a pesar de su corrección, más que por la naturaleza de la norma aplicable y por la falta de especialización del eventual juzgador, por la existencia de jueces especializados en la materia tributaria. Al ser las retenciones actos de los administrados en procedimientos de gestión tributaria, que se producen por imperativo legal y suponen su participación funcional en ámbitos que son competencia de los órganos de gestión tributaria, carece de sentido acudir a una vía distinta de la económico-administrativa.

Si estamos en presencia de actuaciones jurídicas públicas efectuadas por particulares y encajadas en el procedimiento de gestión tributaria, las controversias entre particulares por su causa (por lo menos si éstos no prefieren otra cosa, acudiendo a la vía jurisdiccional civil, que, según la Ley Orgánica del Poder Judicial, conoce, además de las materias que le son propias, de todas aquéllas que no están atribuidas a otro orden jurisdiccional) han de poder ser resueltas, por la Administración Tributaria, a través de los órganos especializados para la resolución de reclamaciones en la materia, que, al producir un acto administrativo, podrán revisar los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, y en último término por éstos.

2) LA SOLUCION ACTUAL

Esto es lo que han hecho el Real Decreto Legislativo 2.795.80, de 12 de diciembre, que articula la Ley 39/80 de 5 de julio de Bases sobre procedimiento económico-administrativo, y el Reglamento de 20 de agosto de 1981 de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, para canalizar el previsible incremento de las controversias que surjan entre los administrados por causa de los tributos. Y lo han hecho en forma precisa, prudente y ortodoxa, en palabras de Albiñana. Y, lógica, según expresión de Ferreiro. Quien, había aventurado, en su día, que no había de poder el Reglamento resolver los problemas que plantea la decisión de atribuir a los Tribunales Económico-Administrativos la función de dirimir las controversias entre particulares, en cuanto a competencia, plazos, procedimiento, y ejecución (que obligarían a modificar una normativa pensada para la revisión de actos administrativos) ni el de la compatibilidad y relaciones del procedimiento administrativo con otras vías procesales, la total organización de la justicia del país y el principio de unidad jurisdiccional, y mantiene, hoy, después de aprobado el Reglamen-

to (aconsejando en algún caso, como el de repercusión obligatoria, iniciar, en todo caso, la reclamación económico-administrativa y, simultánea o sucesivamente, instar la vía jurisdiccional civil ordinaria, acompañando la resolución del Tribunal Económico-Administrativo recaída, en su caso) que la civil es la única vía que puede garantizar de modo efectivo y directo la satisfacción de las pretensiones deducidas. Ya que no las satisfacen las multas coercitivas, a imponer al repercutido que no se deja o al repercutidor que no quiere devolver el exceso. Por lo que, al no poder ejecutar su decisión por la vía de apremio, no le quedará otro remedio que instar el proceso civil, declarativo, de la cuantía que corresponda para que resuelva.

Martínez Lafuente, antes del Reglamento, ya anticipó que posiblemente se le diera al fallo del Tribunal Económico-Administrativo valor declarativo, debiendo la parte beneficiada pedir la ejecución y, en caso de incumplimiento, proceder conforme a las técnicas coercitivas de la Administración. Que no evitarán, decía, por mucho que se quieran matizar, que aparezcan dos partes, por un lado, y el Fisco, que ya ha cobrado, por otro, y que surja la incógnita de cómo resarcir al retenido si el retenedor no ingresó lo que retuvo.

Sin negar que en la retención indirecta sin ingreso, la ejecución de los acuerdos de los Tribunales Económico-Administrativos pueda ser problemática, nos parece útil la solución. Y aún eficaz, si el retenedor no consiente lo resuelto y acude a la jurisdicción contencioso-administrativa. Porque sus sentencias llevan, lógicamente, aparejada ejecución. Y porque, en cualquier caso, facilitará la satisfacción de la pretensión en la vía civil, en los términos expuestos por Ferreiro, por lo menos.

A) Los textos

Los textos en que se plasma la solución que, para nosotros, es, según acabamos de decir, precisa, prudente, ortodoxa, pero, sobre todo, útil y eficaz, son los siguientes:

1.º El artículo 1 de la Ley 39/1980 de 5 de julio de Bases, sobre procedimiento económico-administrativo, que dijo que «Se autoriza al Gobierno para que en el plazo de seis meses, a propuesta del Ministerio de Hacienda, publique un Decreto legislativo que contenga el texto articulado que estructure los Tribunales y regule el procedimiento de las reclamaciones económico-administrativas de acuerdo con los criterios contenidos en las siguientes bases: ...».

2.º El Real Decreto legislativo 2.795/1980 de 12 de diciembre, por el que se articula la Ley, que dice, en su Exposición de Motivos, que «el título cuarto, destinado a los actos impugnables, se hace eco de la situación surgida de las profundas modificaciones de nuestro sistema tributario... particularmente, desde la reciente Reforma fiscal, y, en consecuencia, abre la posibilidad de la

reclamación económico-administrativa en relación a las autoliquidaciones practicadas y las retenciones efectuadas por el sustituto del contribuyente o por las personas obligadas por la Ley a practicar retención».

Y en el artículo 15.2 dispone que «Será admisible también la reclamación, previo cumplimiento de los requisitos y en la forma que se determine reglamentariamente, en relación a los siguientes actos:

- a) Las autoliquidaciones practicadas por los contribuyentes.
- b) Los actos de repercusión tributaria previstos legalmente.
- c) Las retenciones efectuadas por el sustituto del contribuyente o por las personas obligadas por Ley a practicar retención.
- d) La aplicación del régimen de estimación indirecta de la base imponible».

3.º El Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, aprobado por Real Decreto 1999/1981, de 20 de octubre, que:

a) Dentro del Capítulo I (Actos Impugnables) del Título III (Objeto de las reclamaciones) en el artículo 42 (Impugnación de actos de gestión tributaria) dispone que: En particular, y por lo que a la gestión tributaria se refiere, son impugnables (después de relacionar una enumeración de actos, que cierra, diciendo, y «los que, distintos de los anteriores, se consideren impugnables por disposiciones dictadas en la materia»):

2. Las siguientes actuaciones tributarias:

- a) Las autoliquidaciones.
- b) Los actos de repercusión tributaria previstos legalmente.
- c) Las retenciones efectuadas por el sustituto del contribuyente o por las personas obligadas por Ley a practicar retención, y

b) Dentro de la sección 2.ª (Actuaciones tributarias reclamables) del Capítulo V (Procedimientos especiales) del Título V (Procedimiento en única o primera instancia) dedica el artículo 123, rubricado de «impugnación de los actos de retención tributaria», disponiendo en cinco números, lo que expondré a continuación, después de precisar algunos conceptos. Como el de retención y sus clases. Y de descubrir, en la relación que vincula a retenedor y retenido, una relación jurídica pública de carácter obligacional.

B) Contenido

a) *Las distintas clases de retención*

Con la expresión retención tributaria se conoce la relación jurídica obligatoria, creada por el ordenamiento jurídico tributario, respecto de determina-

dos impuestos, en cuya virtud una persona, retenedor, queda obligada a descontar determinadas cantidades en los pagos que realice en favor de los contribuyentes por tales tributos, ingresando seguidamente su importe en el Tesoro. El cumplimiento de esta obligación de retener e ingresar libera al retenedor de su responsabilidad frente a la Hacienda y, al mismo tiempo, en todo o en parte, al contribuyente que soportó la retención, pues la cantidad ingresada se imputa al pago de su obligación tributaria, actual o futura.

También se conoce con este nombre el acto en virtud del cual el obligado a retener lo hace. Retención *in facto* pues (frente a retención *in fieri*), que, si quien retiene no es la Administración, no es acto administrativo sino de un particular, aunque sometido al Derecho público.

Carácteres de la retención *in fieri* són:

1.º Tratarse de una relación jurídica obligatoria dotada de una pluralidad de sujetos. Retenedor, contribuyente o retenido y ente público acreedor del tributo.

2.º Originarse directamente por la Ley, que regula sus efectos y asigna a cada uno de los sujetos la situación jurídica que les corresponde.

3.º Estar conectada con la obligación tributaria, de la que se puede considerar es accesoria, integrándose en la relación jurídico-tributaria.

4.º Ser instrumento de garantía del cumplimiento de la obligación tributaria al tiempo que, de gestión tributaria, al no venir exigida por la naturaleza de la relación obligatoria tributaria.

5.º Gozar de autonomía limitada respecto de la obligación tributaria, dada su vinculación causal a ésta. En consecuencia, la falta de nacimiento de la obligación tributaria priva de la causa a la retención, que se convierte así en un supuesto de cobro de lo indebido.

6.º Pertener al campo del Derecho Público, y, concretamente, al Tributario.

Para simplificar, y para centrar la cuestión, nos hemos referido y referiremos siempre a la retención indirecta, y, pensando, sobre todo, en la retención indirecta a cuenta. Hemos prescindido y prescindiremos de la retención directa, porque no suscita cuestiones, en orden a la impugnación o revisión, al producirse cuando el ente público, acreedor del tributo, con ocasión de los pagos que realiza al contribuyente, retiene una parte aplicándola al pago de la deuda tributaria que surja a su cargo, en relación con los ingresos obtenidos. Y no hemos considerado ni consideraremos tampoco la retención indirecta definitiva o sustitución, por que, hoy, ha quedado reducida a la nada, después de la desaparición del sistema de imposición indirecta, real, o de producto, que la propició, en el Impuesto sobre los Rendimientos del Trabajo Personal, con-

cebido como impuesto a cuenta de los generales sobre la renta de las Personas Físicas o de las Sociedades y demás entidades jurídicas.

Efectivamente, la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, en su artículo 32 se refiere a la única retención indirecta definitiva que realiza el sustituto del contribuyente, cuando dice (después de definirlo, en términos inexpresivos, en cuanto remisivos a la ley) que el concepto se aplica especialmente a quienes se hallan obligados por la Ley a detraer, con ocasión de los pagos que realicen a otras personas, el gravamen tributario correspondiente, asumiendo la obligación de efectuar su ingreso en el Tesoro. Pero, sin desconocer que, además de estos sustitutos que retienen, habían y hay sustitutos que no lo deben hacer, sino que repercuten o, en términos civilísticos, repiten. Como sucedía, fuera de los impuestos sobre la renta, con el antiguo Impuesto General sobre las Sucesiones (en el que los herederos lo eran de los legatarios de metálico y muebles en general, restando facultades para descontar o repercutir el importe del impuesto al hacer entrega del legado). O en los impuestos sobre el Lujo o los Especiales sobre el uso del teléfono. Y en el aún vigente Impuesto Municipal sobre el incremento de valor de los terrenos, en el que, en las transmisiones onerosas, tiene el adquirente tal condición de sustituto del transmitente, a quién podrá repercutir (a menos que al pagar el precio ya se haya pagado el impuesto, en cuyo caso, realmente, se puede hablar de retención).

Repetición, repercusión o reembolso que puede generar controversias o conflictos particulares, cuya naturaleza tributaria merece una solución idéntica a la de los surgidos entre retenedor y retenido. Como lo ha merecido en el Reglamento.

b) *La naturaleza pública de la retención*

Pensando que la relación tributaria de retención, en todas sus direcciones, es pública (incluso la que vincula a retenedor y retenido, en cuanto al dinero que se ha de retener) o, que, si no lo es, al menos, es consecuencia del cumplimiento de normas tributarias, el legislador ha entendido que no puede desentenderse la Administración de la legalidad de tales actuaciones, sino comprometerse en ellas, y producir actos administrativos susceptibles de recursos en esta vía y la jurisdiccional, antes que lavarse las manos y abandonar a los particulares a su suerte, desentendiéndose de los conflictos, que, por el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y el carácter residual de la civil, conducirían al planteamiento y solución de las cuestiones, por órganos distintos de los que, ordinariamente, ventilan, aplicando normas tributarias, los conflictos entre los demás sujetos de la misma relación.

Y se ha comprometido a la Administración Tributaria en la forma que propiciaban las normas que hasta entonces habían contemplado, en el ámbito

de la imposición indirecta, la repercusión, en lógica congruencia con el marco de las tradiciones procesales y orgánicas de la jurisdicción, y así (sin merma de la posibilidad de acudir a los tribunales del orden civil) se permite una solución en vía administrativa, al forzar a un acto de la Administración sometido al Derecho Administrativo, como es la resolución de los Tribunales Económico-Administrativos Provinciales o Central, tras un procedimiento con garantías para las partes enfrentadas, especialmente concebido por las peculiaridades de su objeto.

Esta técnica, por otra parte, es conocida en nuestro Derecho, y ha sido recientemente usada para poder llevar al Tribunal Constitucional las controversias entre particulares sobre pretendidas violaciones de derechos fundamentales de la persona, ante la limitación que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha establecido para el recurso de amparo (en el sentido de que sólo cabe frente a las que sean imputables a los poderes públicos) y que ha obligado a plantear el conflicto ante los Tribunales de Justicia e imputar la violación a la sentencia que lo resuelva, si lo hace en el sentido de no apreciarla. Así, la provocada sentencia, recaída, en el proceso preferente y sumario que regula la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, desviene eventualmente violadora y al particular le cabe pedir amparo ante un poder público.

Mecanismo que la justicia aplaude, y solventa (en términos parecidos al del resto de los países occidentales) el problema de los efectos frente a terceros de los derechos fundamentales en el Derecho privado y las relaciones entre particulares.

c) Características del sistema

El sistema consolidado, como ya dije, es el que plasma normativamente el Real Decreto legislativo 2.795/1980 de 12 de diciembre, por el que se articula la Ley 39/1980 de 5 de julio de Bases sobre procedimiento económico-administrativo y el Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas aprobado por el Real Decreto 1999/1981 de 20 de agosto.

Del primero ya hablamos. Del segundo no, dejando la exposición de su contenido para este momento.

1. FUENTES

Comienza su artículo 123 con el orden de prelación de fuentes, que queda así:

1.º Las propias normas, que sólo regulan los aspectos de competencia, plazo, contenido y efectos de la resolución.

2.º Las del artículo 122, sobre reclamaciones contra actos de repercusión tributaria, a las que se llama para regular algún aspecto de la ejecución.

3.º Las reguladoras del procedimiento originario o general.

Del conjunto de estas fuentes resulta un régimen, para cuya exposición cabe seguir la tradicional distinción procesalista de requisitos, procedimiento y efectos. Que no vamos a exponer exhaustivamente, sino en lo que tienen de más interesante.

2. REQUISITOS

Por lo que hace a los requisitos, y en cuanto alcanza a los subjetivos, destaca que, en punto a órgano competente, se establezca la del Tribunal del domicilio del contribuyente que soporta la retención. Que es el que discrepa de la procedencia o cuantía de la retención. Si se trata de retención directa podrá serlo el Tribunal Económico-Administrativo Central. Si es indirecta lo será siempre uno Provincial, o Regional (como los hay ya). Precisamente el del domicilio del retenido, que es el que conocería de las reclamaciones sobre la obligación tributaria a la que la retención sirvió.

Por lo que se refiere a los interesados, se destaca la presencia del retenedor, que, en expresión de González Pérez, hace triangular el procedimiento. Así como que se le llame al retenedor sujeto reclamado o parte. Pues, como dice aquél, parece un proceso entre partes que dilucida el órgano económico-administrativo como un auténtico órgano jurisdiccional, pero no es así. Ni se pretende. Por algo en expresión gráfica, más que técnica, se habló de función arbitral.

Sobre requisitos de la actividad, se precisa el plazo de impugnación, que es de 15 días, contados a partir de la comunicación fehaciente al retenido o, en su defecto, desde que expresamente manifieste que conoce la retención.

Este tratamiento resulta conforme con la naturaleza de la retención y la condición del retenedor. Es adecuado a la función pública (con el fin de evitar el mantenimiento indefinido de situaciones claudicantes), tanto, que haya plazo de caducidad (y coincida con el de la impugnación de los actos administrativos), como que el cómputo de éste no se inicie sin una notificación de fecha cierta. En este punto el Reglamento no siguió la doctrina anterior del Tribunal Económico-Administrativo Central, que distinguía la retención indirecta del sustituto, para la que el dies a quo era el pago, y la retención a cuenta, para la que admitía el plazo descriptivo de los 5 años de la devolución de ingresos indebidos. Y no lo hizo porque, si entonces hacía falta presumir un acto de la Administración, ahora se admite que sea reclamable el acto del retenedor.

El límite quinquenal no dejará de aplicarse, pero en la esfera propia de la devolución de ingresos indebidos solicitada directamente de la Administración. Y su desarrollo, como dijo Elizalde, será peculiar cuando afecte a retenciones a cuenta imputables, una vez agotado el período impositivo, al pago de

la obligación tributaria definitiva, porque, si las retenciones exceden de su importe, surge a favor del contribuyente el derecho a la devolución sujeto a su régimen de ejercicio y extinción.

3. PROCEDIMIENTO

El procedimiento en su fase de iniciación no presenta especialidades notables.

En el desarrollo del procedimiento, el primer trámite de instrucción es la comunicación al retenedor o persona frente a la que se deduce la reclamación o simple reclamado, que deberá comparecer aportando todos los antecedentes para su instrucción, dentro del plazo de 10 días.

Requerimiento que impone la carga de comparecer, y cuya falta de levantamiento no impedirá la continuación del procedimiento con los solos antecedentes que proporcione el reclamante, sin perjuicio de las facultades instructoras de oficio del Tribunal. Que, en este caso, habrá de solicitar en la oficina gestora del tributo datos, antecedentes e informes. Bien como acto de instrucción, bien como trámite probatorio, bien como informe previo a la resolución.

Lo actuado se pondrá de manifiesto sucesivamente a reclamante y reclamado por período de 15 días, pudiéndose formular alegaciones con aportación o proposición de prueba. Lo que pone de manifiesto el carácter contradictorio del procedimiento.

Si lo piden las partes, dice el Reglamento, en línea procesalista, se abra un periodo de prueba. En otro caso, solo si lo considerara oportuno el Tribunal. Y sin perjuicio de que el Abogado del Estado Secretario pueda acordar de oficio la práctica de prueba, en cuyo supuesto, procederá la puesta de manifiesto a las partes para alegaciones en plazo común de 10 días.

La resolución es la forma normal de terminación. Aunque su falta puede ser considerada por el reclamante retenido como desestimación, transcurrido un año, si no espera a ella. Pues es inexcusable, según el artículo 102 (de clara inspiración civilista en cuanto sugiere el viejo artículo 6 del Código que hablaba de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes), que no permite la abstención ni aun a pretexto de duda racional ni deficiencia de los preceptos legales.

La resolución expresa decidirá la confirmación, anulación, o modificación del acto de retención impugnado, formulando las declaraciones u obligaciones que sean pertinentes.

4. EFECTOS PROCESALES DE LA RESOLUCION

Los efectos jurídico-procesales de la resolución son los propios de la naturaleza de acto administrativo que tiene, como son el de abrir la vía de los recursos, que no tienen especialidad alguna, respecto del procedimiento general.

5. LA EJECUCION

Los efectos materiales, también resultan de aquella naturaleza, de la ejecutividad que adorna los actos administrativos, y de su ejecutoriedad o ejecución forzosa.

El nuevo Reglamento dedica especial atención a su ejecución. Como no podía ser menos, si se piensa que una regulación deficiente de esta materia podría hacer inútil todo el procedimiento, y se es consciente de que las declaraciones de derechos y obligaciones que haga la resolución tienen por destinatarios a particulares, que, si tienen que entregar cantidades a otros particulares, pueden no creerse o resistirse a considerarse obligados, sin sentencia judicial, a hacerlo por vía de apremio. Y, astutamente, antes que acudir al contencioso-administrativo, contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo, preferir, acatándola, no cumplirla y esperar a que esta ejecución se inste en los Tribunales ordinarios.

Para evitar esta tentación el Reglamento dispone un sistema de ejecución forzosa, distinto según los casos:

5.1. *En caso de estimación de la reclamación con ingresos en el Tesoro.*

Cuando el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo no sea confirmatorio, distingue dos supuestos, según que anule o declare excesiva la retención o, por el contrario, la declare insuficiente.

Si se anula total o parcialmente la retención, aún hay que distinguir, según que las cantidades retenidas, que deben ser restituidas, se hayan ingresado en el Tesoro, o no, permaneciendo en poder (éstas o su equivalente) del retenedor, pues el obligado a ejecutar el fallo será distinto en uno u otro caso.

Si se ingresaron en el Tesoro, y así se acredita, se incoará de oficio expediente para su devolución al contribuyente retenido.

5.2. *En el caso de exceso de retención sin ingreso en el Tesoro*

En caso contrario, corresponderá al retenedor entregar al retenido el importe de las cantidades indebidamente retenidas. Quien, si no lo hace de grado, lo tendrá que hacer a la fuerza, compelido por el Tribunal Económico-Administrativo. El Reglamento, por remisión al caso de repercusión, prevé lo siguiente:

1. Que se solicite del Tribunal la ejecución, por parte del retenido.
2. Que el Tribunal, en plazo de 15 días, ordene al retenedor el cumplimiento.
3. Que si lo hace, y persiste el retenedor en incumplimiento, el Presidente del Tribunal, a propuesta del Secretario, le imponga multas coercitivas, reiteradas por periodos de 15 días, en tanto no se cumpla. Multas que, cada una,

no podrá exceder de la cuarta parte de la prestación incumplida ni ser inferior a 5.000 pesetas.

4. Que ello no obsta, en su caso, a la obligación de proceder, como dispone el artículo 47. Es decir, a pasar el tanto de culpa a los Tribunales de Justicia, si aparecieran hechos cometidos por funcionarios o particulares que revisitan caracteres de delito perseguible de oficio, para que procedan conforme haya lugar. Pensando, sin duda, en el artículo 535 del Código Penal y la jurisprudencia sobre el delito de apropiación indebida. Que, a la sazón, ya había dictado la sentencia de 23 de junio de 1980 (Aranzandi 2647), sobre cuotas de la Seguridad Social, a la que siguieron las de 15 de diciembre de 1983 (Aranzandi 5670), sobre lo mismo, y la de 24 de diciembre de 1986 (Aranzandi 7990), y, sobre todo, de 9 de junio de 1985 (Aranzandi 6357), que confirma la tesis de que la retención supone un mandato o encargo de cobro que lleva embebido el deber sustancial de ingreso en el ente acreedor y una mutación del título posesorio de las cantidades correspondientes.

Plantea la solución reglamentaria algunas cuestiones, en diversos órdenes. Cuales el de la legalidad y el de la eficacia.

En el primero de estos órdenes, la de si podía el Reglamento establecer este sistema de multas, o (por tratarse de sanciones, según unos, o, de prestaciones pecuniarias, según otros) se necesitaba un precepto con rango de ley formal.

Si se piensa que la multa coercitiva no es sanción (y que no lo es lo demuestra el mismo artículo 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que, en su número 2, dice que la multa coercitiva será independiente de las que puedan imponerse «en concepto de sanción» y compatible con ellas) no cabe exigir norma con dicho rango formal. Como no se exigió antes de la Constitución y aceptó la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencias, como la de 22 de mayo de 1975, en relación con el Decreto de 3 de octubre de 1975, pues dijo que perseguían doblegar voluntades rebeldes u obstativas de lo acordado por la Administración. Sin escandalizar a la doctrina.

Desde luego la multa coercitiva del Reglamento no persigue fines represivos sino la persuasión al abandono de la resistencia del administrado a cumplir una disposición u orden de la Administración. No es manifestación de la potestad sancionadora sino de la ejecutiva.

En el segundo orden, de la eficacia, se plantea la cuestión de la suficiencia de las medidas arbitradas. Que cabe resolver en el sentido afirmativo, pues, la reiteración ilimitada de las multas, a pesar del límite cuantitativo de cada una, y la naturaleza pública del crédito que general, si no asegura el cumplimiento voluntario (por ser conducta humana que no permite la prestación in natura), al menos permite la obtención del equivalente, con el que resarcir al

excesivamente retenido. Aunque, hay que reconocer, que después de grandes dificultades, siquiera procedimentales.

Por ello cabe preguntarse si no pudo articularse otro sistema. Y yo creo que sí. Incluso sin necesidad de norma legal y al amparo de la Ley de Procedimiento Administrativo, cuyo artículo 104, antes que de la multa coercitiva, habla del apremio sobre el patrimonio y la ejecución forzosa de los actos administrativos.

Si el apremio sobre el patrimonio no procede, cuando no hay ley formal que ampare una prestación pecuniaria (sea sanción o no, sea tributo o prestación de otra clase), como la que impone el Tribunal Económico-Administrativo al retenedor que retuvo el exceso o indebidamente, por la remisión que se hace expresamente al artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (que hoy refuerzan los artículos 25, 31 y 133 de la Constitución), ha de ser posible la ejecución subsidiaria. Que tiene lugar cuando se trata de actos que, por no ser personalísimos, puedan ser realizados por sujeto distinto del obligado, en cuyo caso la Administración realizará el acto, por sí o a través de las personas que determine, a costa del obligado.

La resolución que impone al retenedor la devolución al retenido de lo que retuvo, y no ingresó, no establece una prestación pecuniaria en favor de la Hacienda sino de un tercero, ni una prestación que no pueda ser realizada, a costa del retenedor, por la Administración, por sí misma o por tercero.

Aunque en los textos se hable de devolver, en realidad, por el carácter fungible del dinero, no hay tal devolución sino entrega del tantumdem. No se devuelve lo retenido, sino el importe o equivalente de lo retenido. Por esto no se devuelve, sino que se entrega. Y, si devolver sólo puede hacerlo quien recibió, entregar el equivalente de lo recibido lo puede hacer, por su cuenta, cualquiera. Particularmente la Administración. Con posibilidad de exigir, por la vía de apremio, su importe, en calidad de gastos, como los que contempla el n.º 3 del artículo 106 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Lo que sin duda sucede es que de esta forma la Hacienda se desprendería de dinero, cuya recuperación dependerá de la vía de apremio, y, en último término, de la solvencia del retenedor. Dudosa en muchos casos (en la mayoría de los en que los retenedores que retienen no ingresan lo retenido). El Reglamento prefiere que la Hacienda no adelante nada, ni siquiera al retenido, a quien el retenedor, en nombre aparente de la Hacienda, le retuvo, lo que no podía.

Por esto posiblemente el Reglamento prefirió la multa coercitiva, de mayor eficacia frente a retenedores solventes y de igualmente problemática realización ante retenedores insolventes. Como, con toda probabilidad, también el legislador que abordará la cuestión, preferiría.

5.3. *En caso de retención insuficiente*

Si el Tribunal Económico-Administrativo declara que la retención practicada fue insuficiente ordenará al contribuyente (no al retenedor, entre otras causas, porque, a lo mejor, ya no le paga al retenido cantidades sobre las que retener) que ingrese directamente en el Tesoro la cantidad correspondiente en el plazo de 15 días. Si lo hace, el ingreso surtirá los efectos de la retención. De no hacerlo, se iniciará el procedimiento de apremio, que instará el Secretario del Tribunal.

Esta norma que, en cierta medida no se acomoda a lo preceptuado en el artículo 151 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas (que presume que las cantidades efectivamente satisfechas por los obligados a retener se entienden abonadas por deducción del importe de la retención que corresponda, lo que significa tanto como que la retención insuficiente es acto imputable al retenedor y no al retenido) se justifica, a este respecto, en razones de economía procesal, pues es más ágil y eficaz exigir la cobertura de la diferencia al contribuyente, que al retenedor quien no retuvo todo lo que debía retener, pues al conservar lo que pagase el carácter de retención a cuenta, aumentaría la retención de los sucesivos pagos al contribuyente. Sin perjudicar al contribuyente, pues no se imponen sanciones ni se cobran intereses.

Se ha preferido prescindir de la norma del Reglamento del Impuesto y, con otra, de igual rango, modificarla.

Salvedad hecha de esta observación, la doctrina no ha pensado lo que pueden pensar quienes descubran en el precepto un supuesto de *reformatio in peius*, prohibido según la doctrina del Tribunal Constitucional. Pues el retenido que discute la retención y obtiene una resolución en la que se declara que la retención no sólo era debida sino que no fue suficiente, sin duda, se puede decir que fue a por lana y salió trasquilado.

Y es que no se ha de olvidar, como dice Albiñana, que el retenedor no es necesario que sobreviva al devengo del respectivo impuesto, sin perjuicio de sus personales responsabilidades en los casos de incumplimientos de los deberes que la ley les asigna. Y en su consecuencia la comprobación de la Inspección debe dirigirse en todo caso al destinatario del impuesto, dando por definitivas las retenciones efectivamente practicadas, con independencia de los intereses de demora y las sanciones que procedan, pero sin prolongar la función retenedora más allá del día 31 de diciembre de cada año.

3) CONFLICTOS POR EL REEMBOLSO AL SUSTITUTO

Si, cuanto hemos dicho respecto del artículo 123 del Reglamento, y, por las remisiones que éste hace, del 122, es aplicable sólo a la retención indirecta a cuenta y aún a la definitiva del sustituto, lo que es de aplicación al caso del

sustituto que no retiene, sino que anticipa, es el procedimiento del artículo 122, cuando el contribuyente no le reembolsa lo anticipado. Puesto que éste es de expresa aplicación, no sólo a los supuestos de repercusión obligatoria (como los del actual Impuesto sobre el Valor Añadido, y los antiguos Impuestos sobre el Tráfico de Empresas o Especiales), sino también en los supuestos en que el sustituto del contribuyente no logra repetir al contribuyente, en cuyo lugar y por disposición de la Ley, cumplió las prestaciones materiales y formales de la obligación tributaria.

Ya dijimos que, en materia de sustitución, lo que en el artículo 32 de la Ley General Tributaria era la excepción es hoy la regla. La sustitución sin retención. Excepción reducida, en la práctica al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos, mientras subsista, o a algunas tasas locales o, por transferencia, de las Comunidades Autónomas. Supuestos en los que la negativa por parte del contribuyente a reembolsar al sustituto lo por él pagado provoca una controversia entre particulares sobre la legalidad de una actuación tributaria de un particular que (previa autoliquidación, en ocasiones) ingresó cantidades en concepto de tributo, cuya carga la ley no le impone a él sino a otra persona distinta, por realizar el hecho imponible, y, por ello, poner de manifiesto la capacidad contributiva que los justifica.

En este procedimiento es competente el Tribunal del domicilio del contribuyente, que es la persona contra la que se dirige la reclamación de reembolso.

La reclamación se ha de deducir en el plazo de 15 días desde que la pretensión del reembolso sea notificada fehacientemente al obligado a soportarla (o sea, el contribuyente) o que éste manifieste expresamente que la conoce.

El procedimiento es el de las retenciones.

La resolución declarará si es procedente el reembolso pretendido o determinará, en su caso, la cuantía, detallando las actuaciones que deban desarrollar obligatoriamente las partes para ejecución del fallo.

Contra la resolución podrán interponerse los recursos correspondientes, en vía administrativa, si no la agota, y en la jurisdiccional contencioso-administrativa, en otro caso.

Una vez firme la resolución, surtirá efectos, se dice, de cosa juzgada, extensivos a la Administración Pública en general.

La ejecución se llevará a cabo en los términos vistos para las retenciones.

IV. LAS OTRAS HACIENDAS

Habiendo, como hay, supuestos de sustitución sin retención en el ámbito de los tributos de las Comunidades Autónomas y de las Haciendas Locales,

tendría interés que pudieran ser susceptibles de reclamación económico-administrativa o de recurso administrativo que provoque un acto apto para la revisión en la jurisdicción económico-administrativa. Si no se quiere hacer de peor condición a unos sujetos pasivos respecto de otros, según quien sea el acreedor tributario.

1) LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

En relación con la Comunidad Autónoma esta posibilidad existe. Respecto de los tributos cedidos, sin duda, porque, en línea con el artículo 20 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, la de Cesión de Tributos de 28 de diciembre de 1983, en su artículo 17.3, dispone (en cuanto al alcance de la delegación de competencias en materia de revisión en vía administrativa) que no es objeto de ella «el conocimiento de las reclamaciones económico-administrativas interpuestas contra los actos de gestión tributaria emanados de las Comunidades Autónomas», y la ley de Cesión de Tributos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de 27 de diciembre de 1985, por su parte, dispone, que el alcance y condiciones de la cesión son los establecidos en la Ley General Reguladora de la cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas.

Aunque, entre los tributos cedidos, no está el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ni el sobre Sociedades, en los que se dan las retenciones indirectas a cuenta, sino sólo algunos, en los que había entonces aún sustituciones, como el General sobre Sucesiones.

Por lo que hace a los tributos propios, no faltan, ni dejarán de faltar, en el futuro, casos de repercusión obligatoria ni tampoco de sustitución, a los que les es de aplicación el sistema de impugnación del Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, porque el Decreto 64/1986 de 10 de julio, de estructuración de los órganos competentes para conocer y resolver las reclamaciones económico-administrativas que se produzcan en el ámbito de las gestiones económicas, financieras y tributarias de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (que crea, con la denominación de Junta Superior de Hacienda, el Tribunal Económico-Administrativo de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, adscrito a la Consejería de Economía y Hacienda) establece en la Disposición Transitoria Unica que, en todas las cuestiones que se susciten con ocasión de la interpretación y aplicación de lo establecido en él, se estará a lo regulado en cada momento por la legislación del Estado en la materia, que tendrá el carácter de derecho supletorio. Precizando que la normativa está recogida «en la Ley General Tributaria, el Real Decreto 2.244/1979 de 7 de septiembre, la Ley de Bases 30/1980 de 5 de julio, un texto articulado aprobado por Decreto legislativo 2.795/1981 de 20 de agosto».

2) LAS HACIENDAS LOCALES

Por lo que se refiere a las Haciendas Locales, la situación es distinta y debería modificarse. Pues no es de aplicación lo expuesto para los tributos estatales y autonómicos. Pese a que los locales conocen la repercusión y la sustitución sin retención, con amplitud.

En estos supuestos no cabe reclamación económico-administrativa ante los Tribunales estatales de esta clase, sino, por exigencias de la autonomía municipal, recurso de reposición. En los términos de los artículos 52 y 108 y la Disposición Transitoria 10.^a de la Ley reguladora de Bases de Régimen Local 7/1985 de 2 de abril y el 192 del Texto Refundido de 18 de abril de 1986 y 211 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986. Es decir, sólo contra actos y acuerdos.

Sólo si el artículo 14.5 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre reguladora de las Haciendas Locales, se pudiera entender, en forma que no parece admitir la hermeneútica de los artículos 23 de la Ley General Tributaria y 3 del Código Civil, sería posible la controversia entre particulares por causa de los tributos como objeto de reposición y ulterior contencioso-administrativo. Pues dice que la jurisdicción contencioso-administrativa será la única competente para dirimir todas las controversias de hecho y de derecho que se suscite entre las Entidades Locales y los sujetos pasivos, los responsables y cualquier obligado tributario en relación con las cuestiones a que se refiere la presente Ley. Y no dice, además, «y entre éstos».

A pesar de todo, valdría la pena intentarlo por la vía de la petición o el recurso de reposición. Mientras el Reglamento de Haciendas Locales nuevo no lo impida expresamente. Porque la Ley contempla al sustituto en materia de tasas (artículo 23.2), en general, y de Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (artículo 103.2), pero no en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

Con ello se provocará un acto administrativo reclamable y revisable en la jurisdicción contencioso-administrativa, que acaso iguale a los sujetos pasivos de impuestos y tributos municipales con los de los estatales y autonómicos, formando una jurisprudencia que abra los ojos al legislador de la necesidad de extender lo que él mismo ha sabido propiciar.

Porque entre la jurisprudencia y la legislación se establece un diálogo de recíproca influencia, que se traduce en cambio normativo. Como sucedió en el campo que nos ocupa, en que las soluciones normativas fueron precedidas por criterios jurisprudenciales, confirmatorios de los sustentados por los órganos económico-administrativos.

No hay que pensar (o temer) que en este caso suceda lo que, en su prólogo a los Estudios sobre la jurisprudencia tributaria de Martínez Lafuente, dice

Palao. Que los preceptos de la ley llegan a ser modificados no pocas veces para salir al paso de una interpretación judicial que el Gobierno, desde una perspectiva política, estima inadecuada. Porque no hay razón política contra la igualdad.

V. EPILOGO

Como dije al principio, con lo hasta ahora expuesto, no he pretendido más que dar fe, desde mi experiencia profesional, y con la única autoridad de haber sido testigo, como Secretario del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Baleares, de por qué y cómo se ha escrito en España un capítulo de la historia de la evolución del Derecho Tributario formal (que ha ido de la mano de otro de la historia de la evolución del Derecho Tributario material, como no podía ser menos, siendo como son dos caras de la misma moneda) que ha tenido como protagonista la retención tributaria, junto con la repercusión y la autoliquidación, y como última referencia el imperio de la ley y la realización de la justicia.

En suma un capítulo de la historia del Derecho Tributario. Historia (por decirlo, en frase, tan brillante como discutible, con la que presentó el Instituto de Estudios Fiscales en España la obra de Hans Nawiaski bajo el título «Cuestiones Fundamentales del Derecho Tributario») que se ha escrito siempre durante las treguas que acuerdan la solidaridad y el egoísmo. Porque el impuesto es un producto de las concepciones políticas de los respectivos países en su lento caminar desde una colectividad de robinsones a una sociedad justa, que nace en el seno del Derecho público, regido por la solidaridad humana, y crece bajo los cuidados del Derecho privado, impregnado del egoísmo propio de las relaciones interindividuales.

Capítulo al que seguirían otros que acaso lleven a la revisión contencioso-administrativa directa de las retenciones, como una de tantas actuaciones de los administrados sometidas al Derecho Administrativo.

CONTESTACION AL DISCURSO DE TOMAS MIR DE LA FUENTE

MIGUEL COLL CARRERAS
ABOGADO DEL ESTADO

Con satisfacción he asumido la tarea de dar respuesta al Discurso de Tomás Mir y, como anuncié al abrir la sesión, ha llegado el momento del inventario de méritos del nuevo Académico.

Aunque muchos le conocéis importa tomar nota de las variadas facetas en que, en el mundo del Derecho, ha venido desarrollando actividades. Yo las resumo en tres: la docencia, la investigación y la profesional. En esta última, la que desenvuelve como Abogado del Estado desde hace muchos años, tiene un bien ganado prestigio que no es menester ensalzar. La impecable técnica en sus actuaciones, fruto de una preparación excelente, y la laboriosidad con que se aplica a la función son circunstancias que definen una personalidad destacada. En lo docente, ha profesado con notorio acierto la Cátedra de Derecho Financiero y Tributario de nuestra Universidad, como Encargado de Curso, durante diez años, desde 1974 hasta 1984, pero es en el ámbito de la investigación, tan ligado a lo que ha de ser esta Academia donde Tomás Mir ofrece una muy encomiable muestra de su formación jurídica, de su dominio de variadas materias y, en fin, de rigor intelectual. Sus estudios tributarios sobre el Impuesto en materia de donaciones de 1977, sobre el Impuesto de Sucesiones y los seguros privados en 1985, sobre el Derecho Civil Especial de Baleares y los Impuestos sobre Sucesiones y Transmisiones patrimoniales en 1975, sobre el concepto de cuota a efectos sancionadores en dichos Impuestos en 1978, sobre la transmisión de los derechos de usufructo y nuda propiedad cuando está desmembrado el dominio, en el ámbito de los indicados Tributos, también de

1978, sobre los Tributos en el Código Civil, de 1987, y su libro editado en el mismo año sobre «Las retenciones tributarias» constituyen los títulos que cualifican en la susodicha vertiente de nuestro Derecho los quehaceres del nuevo Académico quien, justo es decirlo, accedió al Doctorado en la Facultad de Palma de Mallorca con una notabilísima tesis sobre «El derecho de retención como garantía del crédito tributario».

Pero, además de esos trabajos, Tomás Mir es autor de un estudio sobre la Incidencia de la Constitución en el sistema de recursos administrativos de 1978, de otro sobre el Justiprecio del Jurado de Expropiación Forzosa, de 1975, del que publicó en 1982 sobre «La definición del Derecho Civil Especial de Baleares y los conflictos de leyes» y del que se centró en el análisis de los artículos 51 y 52, y 54 a 63 de dicha Compilación, es decir sucesión abintestato y derechos reales, alistándose en la magna obra «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales» que vio la luz en 1980.

Luego, como colofón de ejecutoria tan brillante el nuevo Académico participó, como Vocal designado por la Facultad de Derecho en la Comisión de Juristas que durante varios años trabajó concienzudamente para elaborar el proyecto de revisión de la mencionada Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares que en el presente pende del Parlamento del Archipiélago.

Este es —y me quedo corto— el historial «jurídico» de quien, con tantos merecimientos, ha sido elegido para la Academia, y creo que, con la lectura de su Discurso, al que he de contestar, ha quedado sellado y rubricado dicho historial y justificado con creces el acierto de un nombramiento que le honra pero que honra, y mucho, a la Entidad que me complace en presidir.

Le doy, pues la bienvenida y paso a cumplir mi misión de contestación gustosa y obligada.

La ampliación conceptual del Derecho Administrativo, desde un marco configurado por actos de la Administración per se, engendrados por autoridades y funcionarios alistados desde el primero al último en las filas de la Administración, otro que incorpore actos protagonizados por personas naturales y jurídicas de Derecho privado, de suerte que el «matiz administrativo» venga determinado por la «sustancia» de la actuación, más que por el lugar del protagonista en un organigrama estrictamente funcional, es una tendencia que rebasa ya los límites de las elaboraciones teóricas, de suerte que puedan ofrecerse valiosos ejemplos en el ordenamiento positivo.

De aquí que, como pórtico de su discurso, Tomás Mir, que tiene asimilada dicha nueva concepción, nos haya hablado de un «Derecho de la Actividad administrativa» a fuer de expresión útil para circunscribir verazmente un ámbito en expansión que puede revolucionar concepciones clásicas organicistas.

Pero es obvio que dichas consideraciones del orador han sido formuladas como trámite previo al abordaje de un tema que ha venido a ser en una vida

intelectual y profesional, una constante. Me refiero a las «retenciones» tributarias, a las que, como dije, se refirió su tesis doctoral y, más tarde, su libro de 1987.

El fenómeno constituye precisamente ejemplo de esas «actividades administrativas» protagonizadas por personas naturales y jurídicas de Derecho privado, no por autoridades y funcionarios integrados en lo que se entiende usualmente por Administración y, en verdad, tiene raíces históricas importantes, aunque la gran eclosión sea moderna, en razón directa, no cabe duda, del predicamento que el Derecho Tributario ha ganado en los tiempos presentes.

Para proporcionar algunos ejemplos, en busca de esas raíces, me permitiré citar tres:

1. El proyecto Cambó, traducido en Real Decreto de 17 de marzo de 1919 por el que se instauró, con el nombre de Arbitrio de Plus Valía, el recurso de las Haciendas municipales que, aunque cambiara de denominación más tarde, al convertirse primero en Arbitrio y después en Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos ha seguido conservando en el lenguaje vulgar la denominación con la que fue distinguido al crearse.

En dicho Real Decreto de hace setenta años se decía en el apartado F, epígrafe c) de su artículo único que «en las transmisiones intervivos estaría obligado al pago del Arbitrio el adquirente que, sin embargo, PODRIA, SALVO PACTO EN CONTRARIO, descontar del precio el importe del gravamen, si la transmisión se realizara a título oneroso, habida cuenta de que, técnicamente, el sujeto pasivo de la exacción tenía que ser el transmitente que experimentaba el incremento de valor, puesto de relieve por la transferencia constitutiva de base adecuada para la incidencia tributaria.

2. El Texto refundido de la Contribución sobre las Utilidades de la Riqueza Mobiliaria, con sus tres tarifas, aprobado el 22 de septiembre de 1922, causa remota de los actuales Impuestos Básicos sobre la Renta de las personas físicas y de Sociedades, previno en su art. 7.º que «se recaudarian por medio de retención indirecta en favor del Estado las cuotas de la Tarifa 1.ª aplicables a las remuneraciones de los empleados de toda índole y las de la Tarifa 2.ª exigibles en razón de intereses de préstamos. Con ello los «pagadores» de las remuneraciones al personal y de los citados intereses a los prestamistas asumían una actividad administrativa —la llamada retención indirecta— sin formar parte de los elencos de la Administración; y

3. La Ley Larraz, de 16 de diciembre de 1940, que instauró la Contribución sobre Usos y Consumos, antecedente primero del extinguido Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas y, después del Impuesto sobre el Valor Añadido, al abordar el tratamiento unificado de la imposición indirecta,

contuvo dos artículos aleccionadores: el 73 que previno que la Contribución sería exigible a los productores y fabricantes, y el 74 que afirmó que «el impuesto podrá repercutirse sobre el pagador hasta alcanzar al consumidor final.

Esos tres ejemplos corresponden a las tres figuras que Tomás Mir recoge en su discurso en torno a la «retención indirecta» advirtiendo que, realmente, aunque elaborados respecto a personas ajenas a la Administración que asumen actividades administrativas, constituyen instituciones diferentes, cuales son:

a) En el caso del impuesto sobre Incremento de Valor de los Terrenos, más que frente a una retención, se está frente a un derecho a la «repetición».

En efecto, difícilmente cabe «descontar» del precio que se paga un impuesto que «todavía» no ha sido liquidado, por lo que, en verdad, y dejando aparte los pactos tan frecuentes sobre asunción tributaria por el comprador, habrá que pensar en el derecho a «repetir que ostentará éste frente al vendedor respecto a la cuota municipalmente exigida que tuvo que satisfacer.

b) En el caso del Impuesto sobre el Valor Añadido, heredero de la Contribución sobre Usos y Consumos, el desplazamiento de la exacción, de salto en salto, hasta su «encaje» por el consumidor final ofrece el más vivo ejemplo de la teoría de la «repercusión», de particular a particular, al amparo de rotundos preceptos legales; y

c) En el supuesto de la «retención» indirecta propiamente dicha, ampliamente desplegada en la actualidad en orden al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, habrá que tomar nota de una actividad «administrativa» de particulares que se desenvuelve de modo inverso al proceso de repercusión de que acabo de tratar, pues mientras en éste «se desplaza» a «seguidores» en la cadena comercial el Impuesto que ha tenido que satisfacerse, en aquél lo que viene a hacerse es «exigir», consiguiéndolo, mediante la retención, la cuota tributaria a un acreedor para, en una segunda fase, hacer entrega de lo recaudado por retención a la Hacienda Pública.

Tomás Mir como habéis oído, valiéndose de una sistemática irreprochable, ha venido a desembocar, al hilo de la teoría de la situación deparada para el tratamiento del problema, en la exégesis de dos artículos del Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, a saber el 122, que concierne a problemas provocados por la repercusión tributaria y el 123 que atañe a cuestiones originadas por la retención indirecta. Aun dirigiendo la mirada, en armonía con el enunciado de su discurso, a dicho artículo 123, no ha podido sustraerse al texto del 122 a causa de la remisión que, dado que, en definitiva, la disciplina útil para dirimir las discordias que «entre rete-

nedor» y «retenido» sobrevengan es gemela a la implantada con igual finalidad en orden a las que surjan entre «repercutientes» y «repercutido».

Con obvia claridad expresiva, con la finura que caracteriza sus exposiciones, el orador ha proporcionado una ajustada semblanza de cómo han de suscitarse ante los Tribunales Económico-Administrativos las divergencias «entre particulares» que se produzcan cuando alguien considere que se le ha repercutido algo que no tenía que repercutírsele o que ha soportado una retención indebida.

El debate entre particulares, con una Administración contemplativa, engendrado al socaire de dichos preceptos, se muestra como una auténtica novedad permitida por el susodicho Reglamento, desde el momento en que un Tribunal que forma parte de la Organización peculiar de la Administración General del Estado, se arrisca, con amparo normativo, a «declarar» derechos de un particular respecto a otro y, por ende, de obligaciones de un particular frente a otro.

Tomás Mir, en su labor de investigador no se limita a poner de relieve la novedad, sino que con el afán de que la modificación normativa a que responden los preceptos citados sea beneficiosa y alcance los objetivos que se propusieron sus autores, se esfuerza en dibujar con trazo fuerte las perspectivas deparadas por la institución. Evidentemente, lo que más preocupa al nuevo Académico es la «eficacia» de ésta, mejor dicho la eficacia de las resoluciones de los Tribunales indicados que recaigan declarando derechos y obligaciones «entre» particulares, con ocasión de los fenómenos tributarios de la retención indirecta, y también de la repercusión, pues no se le escapa al orador que la «ejecución» de dichas resoluciones, con detracciones en unos patrimonios para engrosamiento de otros -todo entre particulares, repito- puede constituir el talón de Aquiles del Instituto.

La cuestión ha preocupado a distinguidos profesionales, tales como Elizalde y Aymerich en su estudio «Repercusión Tributaria y función arbitral de la Administración», 1980, Sánchez Bella, en el suyo «La repercusión en el Derecho Tributario español», 1979 y Ferreiro Lapatza en su trabajo «La privatización de la gestión tributaria y las nuevas competencias de los Tribunales Económico-Administrativos». Evidentemente, el más interesante de dichos estudios es el de Ferreiro, por ser posterior a la reforma operada merced al Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas tomado en cuenta por Tomás Mir en su discurso. A dicho trabajo del Profesor Ferreiro me referiré luego.

Pues bien, Tomás Mir, al enfrentarse con la crudeza de la ejecución cuando el «retenedor» que retuvo indebidamente y ha de devolver al retenido por decisión del Tribunal Económico-Administrativo no lo hace, se aplica a la tarea de poner de relieve los medios de compulsión utilizables para vencer la re-

sistencia de dicho «retenedor». En primer lugar, mediante un recorrido de los artículos 100 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, que autorizan la ejecución subsidiaria, sugiere la hipótesis de una entrega dineraria de la Administración al perjudicado que generaría un título para que aquella procediese por la vía de apremio contra el patrimonio del «retenedor», pero, convencido de que la hipótesis tiene difícil traducción a la realidad, centra las «soluciones» predicables en las multas coercitivas, a las que dichos preceptos se refieren y que, muy específicamente, los susodichos artículos 122 y 123 del Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas invocan.

Y, para despejar cualquier duda en torno a dichas multas nos dice que no son encasillables en las multas que se imponen en el ejercicio de la potestad sancionadora, por lo cual están fuera de la cobertura dispensada por el art. 25 de la Constitución. Efectivamente, aun cuando uno pueda seguir dudando sobre si una multa coercitiva que tiene como fundamento un incumplimiento de actos de autoridad legítima no es asimilable a las que se imponen a título de sanción, lo cierto es que modernamente, de consuno, el Tribunal Supremo y el Constitucional han ahondado en la diferencia, de suerte que las multas coercitivas queden fuera del paraguas del citado art. 25 de nuestra Ley de Leyes. Así, la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, se ha pronunciado a tono con la tesis del orador en sentencia de 22 de junio de 1987 (Aranzadi 4.945), e igual ha ocurrido con el Tribunal Constitucional, merced a sentencia de 14 de diciembre último, desestimatoria de un recurso de amparo.

Sin embargo, yo no puedo silenciar un matiz del problema de las multas coercitivas que, en la materia que nos ocupa, está emplazado al margen de los análisis hechos por los Tribunales, en punto a su eficacia, en las sentencias citadas y en las que tuvo en cuenta Tomás Mir al elaborar su Discurso.

Pienso que la teoría de las multas coercitivas arranca en nuestro Ordenamiento del art. 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que reza que «cuando así lo autoricen LAS LEYES, Y EN LA FORMA Y CUANTIA que éstas determinen, la Administración podrá, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado.

Creo que si, como puede entenderse, la llamada a la Ley en dicho precepto para la génesis de las multas coercitivas, tanto para su pertinencia como para determinar forma y cuantía, ha de referirse con rigor constitucional a las «leyes formales», emanadas del Parlamento, puede abrirse controversia en torno a las de los artículos 122 y 123 del Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas que tienen su asiento en dicho texto, con exclusividad, sin la predeterminación necesaria en este orden de cosas en la Ley a la que se conecta dicho Reglamento, es decir el Real Decreto Legislativo de 12 de diciembre de 1980, que se limitó a declarar que «la reclamación

económico-administrativa será admisible también en relación a las autoliquidaciones, los actos de repercusión tributaria y las retenciones efectuadas por el sustituto del contribuyente o por las personas obligadas por ley a practicar la retención».

De aquí que con un criterio riguroso, pueda ser difícil padrinar la licitud de unas multas coercitivas nacidas de un Reglamento y carentes de la cobertura de una ley, lo que permitiría sostener la tesis de que tales multas no armonizan con las exigencias de la norma matriz al respecto, o sea el invocado art. 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Estimo oportuno recordar, profundizando en el tema, que tanto la sentencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1987 como la del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 1988 se han dictado en orden a «multas coercitivas» en materia de obras de ejecución forzosa en viviendas que no fueron realizadas, por lo que importa tener presente la Ley de 2 de agosto de 1976 que, respecto a viviendas de protección oficial, instaura la potestad de imponer las susodichas multas coercitivas y, en su art. 2.^o, gradúa la cuantía de las mismas. Por lo tanto, la «exigencia» de ley formal predicada por el art. 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo, a título de fundamento ineludible para la entrada en juego de tal tipo de multas, parece que quedó cumplida en los supuestos a que se refirieron las aludidas sentencias, a diferencia de lo que ocurre con las indicadas en los traídos y llevados artículos 122 y 123 del Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas.

Ahora bien, por encima o por debajo de las multas coercitivas, como fórmula útil para que puedan cumplir los «retenedores», en provecho de los retenidos, las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos recaídas en la forma y medida explicadas, lo cierto e importante es que, directamente, no podrán contener la solución deseada por el particular que ha de ser reembolsado a expensas del mencionado «retenedor». Este es el agujero que los preceptos analizados ofrecen y que Tomás Mir y quienes se han aplicado al tema pretenden llenar. Es obvio que la solución ideal sería la del pago por la Administración, con repetición de ésta, por la vía de apremio contra el retenedor, pero, desgraciadamente, ello se me antoja sobremanera difícil en el presente nivel. De aquí que será menester luchar por conseguir otros remedios que pongan coto a anomalías del género de las que pretenden atacar los repetidos artículos 122 y 123 del Reglamento referido.

Ferreiro Lapatza, después de considerar las multas coercitivas como único recurso al alcance de los Tribunales Económico-Administrativos para doblegar resistencias de «retenedores», dice que «tampoco ante la eventual negativa de la parte afectada cabe acudir a un juicio ejecutivo pues la resolución del Tribunal —ajeno al ámbito de la Jurisdicción Civil— no lleva aparejada ejecución a tenor del art. 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La conclusión,

indica Elizalde, no puede ser más desalentadora. Tramitado el procedimiento económico-administrativo y dictada resolución, ha de instarse un proceso civil que será, además, el declarativo correspondiente a la cuantía litigiosa para que, en definitiva, sea la Jurisdicción ordinaria la que resuelva».

Y añade Ferreiro que «las nuevas competencias de los Tribunales Económico-Administrativos no parecen solucionar, pues, muchos problemas. Mas bien parecen no solucionar ninguno. Para que su intervención fuese efectiva sería preciso dotar a sus resoluciones de fuerza ejecutiva, bien directamente, bien indirectamente, al modo del laudo arbitral, cuya ejecución coactiva se encomienda, como es sabido, a los órganos competentes de la Justicia ordinaria».

Opino que la alusión al arbitraje no es afortunada. La institución, por esencia y tradición, descansa en la «voluntad» concorde de quienes optan por dicho sistema de resolución de sus discordias. Véase ejemplarmente, el art. 1.º de la Ley de 5 de diciembre último. De aquí, pues, que no sea posible, sin más bagajes que los ofrecidos por los comentados artículos 122 y 123 del Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, conferir, a efectos ejecutivos, el valor del laudo a las resoluciones recaídas en los incidentes sobrevenidos entre «retenedor» y retenido o «repercutiente» y repercutido. Creo que el propio Ferreiro, que apunta la idea, es el primer convencido de la imposibilidad jurídica de su realización.

Pero hay que buscar soluciones. Este ha sido el afán de Tomás Mir al resaltar la teoría de las multas coercitivas una vez convencido de que la ejecución subsidiaria por parte del Estado, una vez afrontado por él el desembolso, aunque pudiera ser justa, tendría que tacharse de utópica. Y dichas multas no bastan si el retenedor es recalcitrante y prefiere soportarlas sin efectuar pagos al retenido beneficiado por la resolución del Tribunal, máxime si se tiene presente que el producto de aquéllas se ingresa en el Tesoro en concepto de «recursos eventuales» y no tiene, como destino legal el patrimonio del retenido.

Yo creo que si de lo que se trata es de evitar juicios declarativos que, en verdad, suponen el fracaso de la institución a que responden los repetidos artículos 122 y 123, procede concentrar esfuerzos, tal como lo ha hecho Tomás Mir, en pro de la creación de un título ejecutivo alistable en la línea del art. 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si está autorizada la existencia de títulos de dicha clase, sin intervención en su génesis de autoridades judiciales, (los supuestos de los números 1.º, 4.º, 5.º y 6.º del precepto), ¿por qué no conceder dicho rango a las resoluciones dictadas por los Tribunales Económico-Administrativos, tras un auténtico proceso contradictorio, a la luz de los artículos 122 y 123?

Disponemos en nuestro Ordenamiento de un antecedente valioso. Se trata del Texto refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de

21 de marzo de 1968, que, en su artículo 19, declara que los Juzgados de Instrucción al acordar el archivo de diligencias por inexistencia de responsabilidad penal, dictarán auto determinado «la cantidad líquida máxima» que se puede reclamar como indemnización por los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado, amparados por el Seguro Obligatorio.

Y, luego, en el art. 15, prescribe que un testimonio de dicho auto constituirá título ejecutivo para entablar un juicio de esta clase al amparo de los invocados artículos 1.429 y siguientes de la Ley Procesal Civil.

¿Sería, pues, demasiado pedir que, con empleo del instrumento jurídico de rigor —la ley formal— se confiriera a las susodichas resoluciones incidentales de los Tribunales Económico-Administrativos el mismo valor que el Texto refundido de que se ha hecho mérito confiere a los autos testimoniados objeto de cita?

Soy del parecer de que únicamente por dicha vía podrán remontarse los obstáculos que tanto preocupan a Tomás Mir y, sin abandonar el dispositivo de las multas coercitivas, trazar la mejor fórmula para que, con rapidez, culmine el debate la Jurisdicción Ordinaria con una condena al pago de cantidad líquida a satisfacer por un particular a otro particular, predeterminada fundamentalmente por los referidos Tribunales económico-administrativos.

Este es mi punto de vista que brindo al nuevo Académico por si le puede ser útil en sus investigaciones para alcanzar la meta de justicia a que aspira.

